



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Mestrado em Direito e Políticas Públicas

GUSTAVO AUGUSTO FREITAS DE LIMA

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E CONTROLE JUDICIAL

Brasília
2012

GUSTAVO AUGUSTO FREITAS DE LIMA

**PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
E CONTROLE JUDICIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo programa de Mestrado e Doutorado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília
2012

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de.

Poder Normativo das Agências Reguladoras e Controle Judicial /
Gustavo Augusto Freitas de Lima. -- Brasília: O Autor, 2012.

300 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Programa
de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Normativo. 3. Direito
Administrativo. 4. Regulação econômica. I. Título.

CDU:

GUSTAVO AUGUSTO FREITAS DE LIMA

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo programa de Mestrado e Doutorado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília, 22 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal

*À Ana Carolina, meu amor, por dividir
comigo a aventura que é viver.*

AGRADECIMENTO

Ao Professor Roberto Freitas Filho, cuja obra serviu de inspiração e guia para o caminho trilhado neste trabalho.

Aos Professores Arnaldo Godoy, Neide Malard e Roger Stiefelmann, pelos ensinamentos e contribuições.

À Escola da Advocacia-Geral da União, pelo valioso apoio que vem prestando à qualificação dos membros da AGU.

Aos amigos da Procuradoria-Geral Federal, pelo apoio e incentivo à realização do presente trabalho.

Ao meu irmão, Fábio, cujos sucessos me enchem de alegria e cujo futuro ainda guarda uma miríade de conquistas.

À minha esposa, Ana Carolina, por ser o Sol da minha vida.

Aos meus pais, Gustavo e Denise, eternos professores da escola da vida, por tudo. Vocês são meus grandes exemplos de que o estudo, a dedicação e o trabalho duro são as sementes dos frutos que, um dia, iremos colher.

A todos os amigos e familiares, por fazerem parte da nossa caminhada.

*“As leis encontram sempre em seu caminho
as paixões e os preconceitos dos legisladores.
Algumas vezes, elas passam através deles e
tingem-se com suas cores; outras vezes ficam
junto deles e a eles se incorporam.”*

Montesquieu

RESUMO

A partir da década de 1990, um modelo de agências reguladoras inspirado no sistema norte-americano foi introduzido no Brasil, através de uma reforma estatal. Analisamos no presente trabalho as características das agências reguladoras, atendo-nos particularmente ao exame do poder normativo dessas agências e dos seus limites. Debateremos a questão a partir de uma reflexão acerca da revolução tecnológica da segunda metade do século XX, do pensamento econômico então vigente e do exame do direito comparado, especificamente da doutrina norte-americana.

Neste trabalho, analisamos e descrevemos o que seria o poder normativo dessas agências e as suas balizas. Ponderamos especificamente se as agências reguladoras podem editar atos normativos substantivos, capazes de criar novas obrigações e direitos não descritos diretamente pela legislação emitida pelo Parlamento. Discutimos ainda se é possível que o Poder Legislativo delegue às agências reguladoras o exercício da função legislativa.

Consideramos, também, as dificuldades do Poder Judiciário de efetuar de forma coerente o controle judicial dos atos normativos dessas agências, propondo ao final uma referência teórica para auxiliar no exercício do controle judicial desses atos normativos.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder normativo. Controle judicial.

ABSTRACT

At the 1990s, a model inspired by the regulatory agencies in the U.S. system was introduced in Brazil through a state reform. We have analyzed in this paper the characteristics of regulatory agencies, with the particular examination of the rulemaking power of these agencies, and their boundaries. We discussed the issue from a reflection on the technological revolution of the second half of the twentieth century, the current economic thinking at that point and the examination of comparative law, specifically the North-American doctrine.

In this paper, we analyzed and described what would be the normative power of these agencies and their landmarks. We weighted if regulatory agencies can edit substantive normative rules, capable of creating new rights and obligations not described directly by statutory legislation issued by Parliament. We also discussed whether it is possible for the Legislature to delegate the exercise of the legislative function to regulatory agencies.

We also considered the difficulties of the Judiciary to make a coherent judicial review of the legislative rules issued by agencies, proposing at the end a theoretical framework to assist in the exercise of judicial review of these rules.

Keywords: Regulatory agencies. Rulemaking. Judicial review.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIG	<i>American International Group</i>
ALJ	<i>Administrative Law Judge</i>
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
BACEN	Banco Central
CAB	<i>Civil Aeronautics Board</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
EC	Emenda Constitucional
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i>
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
FED	<i>Federal Reserve System</i>
FERC	<i>Federal Energy Regulatory Commission</i>
FMC	<i>Federal Maritime Commission</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBEF	Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
IEE	Instituto para Economia Internacional
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IOSCO	<i>International Organization of Securities Commissions</i>
MAD	Metodologia de análise de decisão
NIRA	<i>National Industrial Recovery Act</i>
NLRB	<i>National Labor Relations Board</i>
NOPR	<i>Notice of Proposed Rulemaking</i>
NPM	<i>New Public Management</i>
NRC	<i>Nuclear Regulatory Commission</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMB	<i>Office of Management and Budget</i>
OMC	Organização Mundial do Comércio
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
SSA	<i>Social Security Administration</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal
UMRA	<i>Unfunded Mandates Reform Act</i>
USSC	<i>United States Sentencing Commission</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
I.1	O Problema	14
I.2	Corte Metodológico	16
I.3	Objeto do Trabalho	17
I.4	Metodologia	21
I.5	A Crise do Paradigma	21
I.6	Apresentação da Divisão do Trabalho	24
1	O PROBLEMA DO CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	26
1.1	Crise de 2008 e a Instrução CVM 480/2009	26
1.2	Atos Normativos das Agências e Pedidos de Suspensão	30
1.3	O Núcleo do Problema do Controle Judicial	33
2	SEPARAÇÃO DE PODERES E PROBLEMAS DA CONTEMPORANEIDADE	38
2.1	A Separação de Poderes como Óbice ao Poder Normativo do Executivo	38
2.2	Separação de Poderes e a Influência dos Autores Ingleses	39
2.3	Do Contexto Histórico de Do Espírito das Leis	45
2.4	Separação de Poder e Liberdade Política em Montesquieu	53
2.5	A Questão da Adaptação de Montesquieu aos Problemas Contemporâneos	60
2.5.1	O Equívoco do Uso da Separação de Poderes como Independência dos Poderes	60
2.5.2	Projeção de Problemas de Relacionamento entre Executivo e Judiciário	62
2.5.3	Interpretação de Montesquieu Fora do seu Contexto Social, Político e Cultural	64
2.6	Uma Reflexão sobre os Problemas da Contemporaneidade	66
2.7	Paralelos com a Revolução Industrial	69
2.8	A Revolução da Tecnologia da Informação como Fato Histórico	77
2.9	O Discurso Político Associado à Reestruturação Econômica	86
2.10	Problemas do Estado na Contemporaneidade	102
2.11	A Aparente Inadequação do Modelo Liberal de Separação de Poderes como Solução dos Problemas Contemporâneos	106
3	DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	108
3.1	Do Estado Operador para o Estado Regulador	108
3.2	Agências Reguladoras no Estado Brasileiro	112
3.3	Introdução das Agências Reguladoras no Ordenamento Jurídico	118
3.4	Poder Normativo e Poder Regulatório	121

3.5	Teoria Econômica da Regulação	123
3.5.1	Regulação na Constituição Brasileira de 1988	124
3.5.2	Regulação ou Desregulamentação?	126
3.5.3	Influência da Teoria da Regulação Econômica de Stigler	129
3.5.4	Crítica de McCloskey e as Dificuldades da Teoria de Stigler	132
3.6	A Influência Internacional na Reforma de 1995	137
3.7	A Doutrina Norte-Americana	144
3.7.1	Agências no Direito Constitucional e no Direito Administrativo Norte-Americano	145
3.7.2	As Fases da Regulação nos EUA	147
3.7.2.1	A Fase Liberal: 1776-1887	147
3.7.2.2	Início das Agências Reguladoras: 1887-1930	148
3.7.2.3	Grande Depressão e o New Deal: 1930-1945	149
3.7.2.4	Criação da Lei Geral das Agências e Amadurecimento: 1946-1965	150
3.7.2.5	Desregulação e Controle sobre as Agências: 1965-1980	151
3.7.2.6	Momento Atual: 1986 em diante	152
3.7.2.7	Conclusão: as Idas e Vindas da Regulação nos EUA	154
3.7.3	Noções Gerais sobre as Agências Norte-Americanas	156
3.7.4	Poder Normativo das Agências Norte-Americanas	159
3.7.5	Problemas Constitucionais Relativos ao Poder Normativo das Agências	165
3.7.6	Controle Judicial do Poder Normativo das Agências nos EUA	172
3.7.6.1	O Caso Chevron	172
3.7.6.2	Teste do Ato “Arbitrário e Caprichoso”	174
3.7.6.3	Conclusão Acerca do Controle Judicial nos EUA	176
3.8	A Doutrina Brasileira	177
3.8.1	Corrente Permissiva	181
3.8.2	Corrente Proibitiva Intermediária	189
3.8.3	Corrente Proibitiva Rígida	193
3.8.4	Comentários às Três Correntes	198
3.9	Nossa Posição Acerca do Poder Normativo das Agências	200
3.9.1	Teoria da Não Delegação	202
3.9.2	Separação de Poderes	207
3.9.3	Do Problema do Conceito de Delegação por Standards	211
3.9.4	Diferença entre Poder Regulamentar e Poder Normativo	216
3.9.5	Princípio da Legalidade	218
3.9.6	Da Essencialidade do Poder Normativo para o Conceito de Agência Reguladora	220
3.9.7	Síntese da Nossa Posição	222
4	CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS	223
4.1	Da Necessidade de Um Controle Judicial Coerente	223
4.1.1	Dworkin e a Integridade do Direito como um Valor Moral	224
4.1.2	Integridade do Direito e Especificidades da Regulação Econômica	232
4.2	Exame do Problema Concreto	236

4.2.1	O Pedido de Suspensão de Liminar e o STJ	236
4.2.2	Apreciação Quantitativa dos Pedidos de Suspensão de Liminar do STJ	238
4.2.3	Análise dos Dados e Hipóteses	240
4.2.4	Exame de um Caso: A Discussão da Instrução 480 da CVM	244
4.2.5	Uma Possível Leitura da Estrutura de Argumentação	256
4.2.6	A Sobreposição de Medidas Liminares e de Contracautela	258
4.3	Uma Proposta de Controle Judicial	264
4.3.1	Crise e Questionamento do Paradigma	264
4.3.2	Substituição do Modelo Argumentativo pelo Modelo Analítico	269
4.3.3	Análise do Procedimento para a Elaboração do Ato Normativo	270
4.3.4	Análise do Ato Normativo	274
4.3.5	Decisão Quanto à Manutenção ou Suspensão do Ato	277
4.3.6	Síntese da Proposta	278
4.4	Conclusão	279
	REFERÊNCIAS	282

INTRODUÇÃO

I.1. O Problema

A introdução das agências reguladoras no Brasil foi feita na década de 90 do século passado, dentro de um contexto de reforma da estrutura do Estado. Essa mudança institucional teve como inspiração o modelo norte-americano de agências estatais (*agencies*). Hoje, passada mais de uma década da inovação jurídica, o papel, prerrogativas e características das agências reguladoras ainda são questões que geram debates.

Transpor qualquer instituto jurídico de um sistema normativo para outro é uma tarefa naturalmente tormentosa, pois é necessário adaptar a criação estrangeira a um novo contexto jurídico, com instituições, cultura jurídica e sistema normativo que podem não estar prontos para a recepção do novo instituto. Designaremos esta questão como **problema da transposição**.

A transposição do modelo estadunidense de agências reguladoras para o contexto brasileiro apresenta dois desafios específicos, que devem ser sopesados: primeiro, o fato de não haver no sistema legal norte-americano um ramo do Direito que corresponda perfeitamente ao Direito Administrativo brasileiro. O segundo, o fato de que dentro da cultura jurídica da *Common Law* é mais fácil justificar a criação de normas por outros mecanismos que não sejam a Lei em sentido formal.

Essa natural dificuldade na transposição do instituto pode ser verificada na discussão doutrinária. De fato, alguns autores passaram a defender que as agências reguladoras seriam simples autarquias, negando-lhes qualquer traço distintivo mais significativo em relação aos entes já conhecidos pelo Direito Administrativo¹. Parece-nos que tratar as agências reguladoras como simples autarquias é um desvirtuamento do instituto, considerados o momento histórico e o contexto da sua criação. A criação das agências reguladoras se deu num período em que se pretendia uma mudança da configuração institucional do Estado, e tal circunstância deve ser considerada na interpretação do instituto. Parece-nos claro que a legislação da década de 90, ao criar as agências reguladoras como autarquias de regime

¹ Por exemplo, Marçal Justen Filho defende a “pré-existência de agências no Direito brasileiro” e que a criação das entidades designadas como agências, na segunda metade da década de 90, “não significou consagrar inovações absolutamente originais”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 329.

especial, pretendeu inovar em relação à legislação então vigente. Ainda que o alcance do poder concedido a essas agências não esteja totalmente evidente na legislação de criação, é razoável se supor que a legislação pretendeu conceder a estas autarquias um regime jurídico que as diferenciasse das demais autarquias e órgãos já conhecidos pela Administração.

Esse desejo de parte da doutrina de pretender ignorar a mudança legislativa deu origem a uma interpretação tortuosa, que busca tratar o poder normativo das agências reguladoras como se o mesmo fosse um sinônimo de poder regulamentar². O poder regulamentar é algo inerente a qualquer órgão público, seja ele uma autarquia ou não, e já existia mesmo antes das mudanças da década de 90. Parece-nos que se a função normativa das agências reguladoras fosse restrita ao simples exercício do poder regulamentar, nenhum motivo teria a legislação para lhes criar um regime especial.

A vontade política de se alterar o desenho do Estado é clara não só pela leitura da legislação de criação, mas por todo o contexto histórico e todo o projeto de reforma do Estado ocorrido nos anos 90, no Brasil. As evidências empíricas e históricas demonstram que essas agências foram criadas como uma tentativa de importação do modelo estadunidense de um governo por agências. Assim, uma interpretação razoável deve considerar as características do modelo que deu origem a essas agências, ainda que se reconheçam as naturais dificuldades dessa transposição.

Devemos apontar que as agências reguladoras são, todavia, um projeto político inacabado. A principal prova desta afirmação é a inexistência, até os dias atuais, de um diploma legal que regule o chamado regime jurídico especial das Agências Reguladoras³. Com o final da era Fernando Henrique, esse modelo entrou em questionamento, permanecendo em tensão até os dias de hoje. Essa tensão se expressa não só no seu controle judicial, mas nos conflitos que se percebe mesmo no âmbito da própria Administração. Trata-se de um modelo que acabou ficando pela metade no caminho. Se, por um lado, não conseguiu completar a sua fase de consolidação e aperfeiçoamento, por outro se tornou amadurecido demais para ser extinto ou ignorado. Essa tensão entre as concepções do que deveriam ser as agências reguladoras resta evidenciada na pesquisa empírica, como se exporá ao longo deste trabalho.

² Neste sentido, por exemplo, Sérgio Bruna. BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80-112.

³ De fato, o assunto encontra-se em debate no Congresso Nacional desde 2004, estando ainda em tramitação o Projeto de Lei 3337/04, de autoria do Poder Executivo.

I.2. Corte Metodológico

Cumpra-nos destacar que o corte metodológico do presente trabalho é o de um trabalho jurídico, ainda que possamos, num ponto ou outro, nos amparar de conclusões de outras áreas do saber. Assim, pretendemos abordar o problema das agências reguladoras a partir da perspectiva do Direito, estando a presente questão particularmente relacionada ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional.

Entendemos que a discussão sobre o acerto ou erro da adoção do modelo das agências reguladoras é uma questão que pertence ao domínio da Filosofia e da Ciência Política, tendo o Direito muito pouco a acrescentar sobre este tema. Assim, ainda que possamos tecer alguma avaliação crítica sobre o modelo das agências reguladoras, não pretendemos no presente trabalho discutir sobre a correção, ou não, da sua adoção. Consideramos que a adoção das agências reguladoras é uma realidade normativa e institucional, devidamente criada a partir de diplomas legais. Para o Direito⁴, portanto, a validade ou não desses diplomas legais deve ser avaliada pelo exame das limitações constitucionais e legais, não sobre o debate político do erro, ou acerto, da decisão adotada pela legislação.

Pelos mesmos motivos, igualmente deixaremos de examinar se as agências reguladoras teriam um déficit de legitimidade democrática, ou se as legislações que as criaram representam, ou não, uma opção política democraticamente legítima. Tal questão, apesar de palpitante, escapa ao escopo do presente trabalho, sendo possivelmente mais bem abordada numa tese de Ciência Política.

Para os efeitos deste estudo, pretendemos analisar, do ponto de vista jurídico, o que deve ser uma agência reguladora. Se o Estado, deve, ou não, fazer uso das agências reguladoras, se determinada atividade deve ou não estar sujeita ao poder regulatório, se as agências reguladoras devem ser ampliadas, ou extintas, são, na verdade, questões políticas, que fazem parte do debate democrático. Assim, no presente trabalho, não pretendemos avançar nesta discussão. Nossa intenção é analisar o correto uso da ferramenta jurídica, ou ao menos apresentar possíveis formas de utilizá-la. Se a ferramenta deve, ou não, ser utilizada é uma questão que deve ser decidida politicamente, através do debate democrático.

⁴ Para os efeitos deste trabalho, utilizamos o termo Direito no sentido proposto por Karl Larenz, ou seja, de uma ordem de relações intersubjetivas sob uma exigência de justiça, especialmente de medida igual para todos. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 526.

I.3. Objeto do Trabalho

Como apontamos, a principal ambição no presente trabalho não é discutir se o Congresso Nacional deveria ou não ter criado as agências reguladoras, ou saber se as mesmas funcionam bem ou mal. O objeto do estudo é mais modesto. Partimos da realidade posta, ou seja, consideramos que as agências reguladoras foram criadas e são, hoje, uma realidade institucional. A partir deste fato, questionamos quais são, ou deveriam ser, as suas diferenças em relação às autarquias e demais órgãos da Administração Pública. Particularmente pretendemos examinar o que seria o **poder regulador** delegado a estas agências. Designamos como poder regulador o conjunto de atribuições típicas das agências reguladoras, cujo conteúdo pretendemos definir ao longo do presente trabalho. Particularmente questionamos se o **poder normativo** faria parte do **poder regulador**, questão esta que é o ponto central do presente trabalho. Para tal, nos valem os conceitos de Alexandre Aragão, segundo o qual o poder normativo é o poder legalmente delegado, em maior ou menor magnitude, para o exercício de competência normativa⁵.

Todavia, apontamos que dizer que a agência reguladora possui, ou não, um poder normativo é dizer muito pouco, em razão do grau de abstração da discussão. O avanço deste debate depende de uma avaliação, em termos mais concretos, dos limites do que seria o chamado poder normativo das agências reguladoras, se é que estas de fato possuem algum poder além do simples poder regulamentar. Mostra-se evidente, ainda, que o adensamento da presente investigação depende da diferenciação entre poder normativo e poder regulamentar, assumindo que realmente se tratam de dois poderes distintos.

Quando nos referimos ao poder regulador, destacamos que este teria um conjunto de atribuições **típicas** das agências reguladoras. Fazemos o alerta que o conjunto de atribuições de cada agência reguladora pode guardar uma série de particularidades, podendo haver atribuições legais distintas, bem como graus maiores ou menores de discricionariedade e de autonomia. Todavia, pretendemos identificar um conjunto mínimo que permita criar uma identidade entre as diversas instituições comumente aceitas como agências reguladoras. Estamos trabalhando, portanto, com um tipo ideal, o qual nos permitirá generalizar certas discussões. Contudo, cada instituição pertencente a este gênero pode estar mais próxima, ou mais afastada, deste tipo ideal, conforme as suas peculiaridades.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 408.

Estabelecido o conteúdo do que venha a ser o poder regulador e o poder normativo, pretendemos verificar os seus limites legais e constitucionais. Como descrito no capítulo 3, a doutrina pátria usualmente apresenta algumas objeções relevantes, as quais, de fato, devem ser enfrentadas. A primeira diz respeito à doutrina da vedação de delegação, entendida como a proibição à delegação da função legislativa a um órgão do Executivo. A segunda é a objeção quanto à concentração de funções estatais nas agências reguladoras, a qual poderia ferir o princípio da separação entre os poderes. Em terceiro, a crítica de que o exercício do poder normativo pelas agências violaria o princípio da legalidade. Em quarto, de que o exercício do poder normativo, ou regulamentar, por parte de órgãos do Executivo seria exclusivo do Presidente da República. Por último, o questionamento quanto aos efeitos do silêncio da Legislação, o qual poderia implicar num espaço das relações humanas não regulado pela Lei, no qual a liberdade individual haveria de ser preservada. Todas essas questões são aprofundadas ao longo deste trabalho, particularmente no capítulo 3.

Pois bem, apesar de pretendermos responder aos questionamentos acima apresentados, postulamos que este não seja verdadeiramente o principal problema do controle das agências reguladoras. Defendemos que provavelmente as discussões trazidas pela doutrina são insuficientes para a solução judicial dos conflitos que vêm sendo apresentados ao Judiciário, relativos ao tema. Neste contexto, pretendemos investigar se o Direito pátrio de fato não conseguiu produzir, até o presente momento, uma metodologia consistente para o controle judicial dos limites das agências reguladoras.

Adotamos a premissa que, dado o grau de abstração da discussão, não seria possível se falar em uma rígida limitação *a priori* e em abstrato para o poder normativo das agências reguladoras. Neste sentido, entendemos que uma eventual conclusão que simplesmente afirme, ou negue, a existência do poder normativo das agências implicaria ou na completa descaracterização do instituto, ou na ausência absoluta de controle. Por tal razão, defendemos ser necessário o desenvolvimento de controles políticos e institucionais mais sofisticados para a determinação em concreto do grau de liberdade e discricionariedade dessas agências.

Ao postularmos que as agências reguladoras possuem a possibilidade de criar normas com maior amplitude e discricionariedade que as demais autarquias, não estamos afirmando que as mesmas possam exercer este poder de forma ilimitada ou arbitrária. Justamente por ser um poder exercido com maior amplitude e discricionariedade, deve o mesmo se submeter a limites políticos, jurídicos e institucionais, definindo-se nos casos concretos a magnitude do

poder dessas agências. Essa limitação é feita pelo controle social, pelo controle do próprio Executivo, pelo controle do Legislativo e, também, pelo controle do Judiciário. **Esse último aspecto é o foco do presente trabalho: o controle judicial dos atos normativos emitidos pelas agências reguladoras.**

O Direito pátrio parece não ter desenvolvido, até o presente momento, um método decisório coerente para dar limites e controlar o poder normativo das agências reguladoras, questão debatida nos capítulos 1 e 4. E é razoável se supor que parte deste problema se deva ao fato de as discussões travadas no ambiente doutrinário sobre o tema não contribuírem para o aperfeiçoamento do processo de controle judicial, questão esta que examinaremos no capítulo 3. A verdade é que boa parte do debate doutrinário se estagnou na discussão quanto à existência, ou não, do poder normativo das agências reguladoras⁶. Assim, é razoável se supor que, por não lhe reconhecer a existência, a doutrina não conseguiu avançar sobre a metodologia para o seu controle. Por sua vez, os autores que reconhecem o poder normativo das agências reguladoras⁷ acabam sendo forçados a despender seus esforços na justificativa do instituto, deixando de examinar com profundidade a questão do controle judicial. Aliado ao problema da insuficiência do debate doutrinário, a inexistência de um diploma legal disciplinador das agências reguladoras torna ainda mais difícil a uniformização desse controle judicial.

No Direito norte-americano, a prática do controle judicial das agências reguladoras fez surgir um conjunto de testes destinados a prover uma racionalidade a este controle. Essas ferramentas foram adotadas tanto por criação jurisprudencial como pela interpretação do conteúdo do *APA – Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimento Administrativo norte-americano). Podemos citar, por exemplo, a doutrina dos “três passos” para a elaboração de normas pelas agências⁸; a doutrina do *hard look* (exame cuidadoso) no teste do ato normativo “arbitrário e caprichoso” (*arbitrary and capricious*)⁹; e o teste de dois passos do caso *Chevron*¹⁰; para se citar apenas alguns dos testes mais comumente referidos pela doutrina norte-americana, destinados à revisão judicial dos atos normativos das agências reguladoras.

⁶ Por exemplo, as opiniões de Gustavo Binenbojm, Leila Cuéllar, Sérgio Bruna e Marçal Justen Filho, descritas no capítulo 3, itens 3.8.2 e 3.8.3.

⁷ Por exemplo, Alexandre Aragão, Diogo de Figueiredo, Floriano Marques e Tércio Sampaio, como examinado no capítulo 3, item 3.8.1.

⁸ PIERCE JR., Richard J. **Administrative Law**. Nova York: Foudation Press, 2008. p. 57-59.

⁹ Ibidem, p. 81-86.

¹⁰ Caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984). Ibidem, p. 87-89.

Não defendemos no presente trabalho a simples importação da doutrina e dos testes norte-americanos. Apesar da experiência estrangeira, criada a partir de casos reais, ser uma ferramenta importante de análise, e mesmo uma fonte de inspiração, postulamos que a doutrina e a jurisprudência pátria podem desenvolver testes similares a partir da experiência contenciosa nacional. Todavia, para que tais controles sejam desenvolvidos, deve existir a preocupação quanto à criação de uma referência teórica coerente para o controle judicial dos atos normativos emitidos pelas Agências Reguladoras. Contudo, como será exposto no capítulo 1 deste trabalho, e analisado no capítulo 4, os precedentes jurisprudenciais relativos ao tema provavelmente ainda não apresentam níveis aceitáveis de coerência e integridade.

O que isso nos revela? Primeiro, temos um problema de caráter lógico, que é a inconsistência das decisões analisadas em relação ao método decisório usado. Os comandos judiciais, quando desprovidos de um consistente método lógico e racional verificável por aqueles que atuam no campo, acabam aparentando serem arbitrários e aleatórios.

Em segundo lugar, verificamos um problema quanto à determinação de valores de um conjunto normativo relevante, no caso, do poder normativo das agências reguladoras. Cabe ao Judiciário, ao analisar as questões relativas a este instituto, definir o seu sentido e alcance. Notamos, como ilustração deste problema, que mesmo após analisar os três casos abordados no capítulo 1, que seriam exemplares para o deslinde da questão, o Superior Tribunal de Justiça não conseguiu delimitar o que seria o poder normativo das agências reguladoras, ou mesmo produzir qualquer avanço nesta questão.

O terceiro problema revelado é de ordem temporal: o tempo necessário para a discussão jurídica e legislativa tem sido comprimido pelas necessidades de dar prontas respostas, particularmente no tocante à normatização da atividade econômica. Os fenômenos da contemporaneidade forçam a adoção de soluções expeditas pelo Direito. Tais mudanças podem ser observadas tanto na abreviação do processo judicial, pelo uso de liminares e pedidos de suspensão, quanto pela própria criação de autarquias com poder normativo em substituição ao processo legislativo ordinário.

Considerando estas três questões acima referidas, pretendemos, ao longo do presente trabalho, analisar como é feito o controle judicial do poder normativo das agências reguladoras; verificar se as discussões doutrinárias são refletidas pelas discussões jurisprudenciais; e identificar as dificuldades no desenvolvimento de uma metodologia para o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras. Ao fim deste trabalho,

pretendemos esclarecer não só quanto ao alcance do poder normativo das agências reguladoras, como também propor uma metodologia para o controle judicial deste poder.

I.4. Metodologia

Delimitamos o nosso trabalho de investigação a um corte metodológico, privilegiando a análise jurisprudencial. Especificamente, pretendemos efetuar uma investigação de *sententia ferenda*, nos moldes propostos por Christian Courtis¹¹. Desta forma, esclarecemos que a investigação não se dará pela adesão a qualquer das decisões judiciais analisadas. Pretendemos, a partir dos casos analisados, apontar eventuais inadequações das decisões judiciais. A partir desta identificação, proporemos possíveis soluções a serem adotadas no campo da atividade judicial.

Articularemos, ao longo do presente trabalho, o arcabouço teórico acima descrito com uma metodologia de análise de decisão (MAD), conforme proposta por Roberto Freitas Filho¹². Desta forma, pretendemos organizar informações relativas a decisões proferidas no contexto em análise e verificar a coerência decisória, dentro deste conjunto. Para tal, pretendemos efetuar uma apreciação crítica destas decisões em uma perspectiva lógico-formal, analisando a natureza da sua argumentação jurídica, o processo de raciocínio que nos é revelado e a sua coerência, como descrito por Neil MacCormick¹³ e por Ronald Dworkin¹⁴. Em nossa análise, investigaremos as decisões judiciais através da sua consistência lógica e da possibilidade de permitirem que o sistema judicial se comporte como um sistema íntegro.

Apontamos, por fim, que o principal objeto de nossa investigação é o controle judicial dos atos normativos emitidos pelas agências reguladoras. Assim, o presente estudo pretende investigar a matéria em discussão através da análise de como se dá, e como deveria se dar, o controle judicial destes atos.

I.5. A Crise do Paradigma

Uma questão relevante que pretendemos investigar é se o problema em exame, caracterizado pela possível deficiência de coerência e integridade do controle judicial e pela

¹¹ COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In COURTIS, Christian (org.). **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madri: Trotta, 2006.

¹² FREITAS FILHO, Roberto. Metodologia de Análise de Decisões. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2012.

¹³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9-10 e 197-254.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 231 e 271-272.

necessidade de introdução de outras fontes de criação normativa exteriores ao Legislativo, pode estar relacionado a uma crise mais ampla.

Cumpramos destacar que ao nos referirmos a uma crise, não usamos o termo no sentido comum de inoperância ou deficiência. **Usamos o termo crise** no sentido *kuhniano*, refletindo um **período de mudança e de questionamento sobre um paradigma**. Adotamos o termo paradigma na definição proposta por Kuhn, usando-o para designar “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”¹⁵

Ocorre a crise quando o surgimento de uma anomalia coloca em questionamento o paradigma, o qual não mais consegue prover as soluções típicas do período denominado por Kuhn como da “ciência normal”. Entendemos por ciência normal “a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”¹⁶. Um dos efeitos da crise é o obscurecimento do paradigma e o consequente relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal¹⁷.

Neste contexto, entendemos ser possível que exista uma relação entre o problema em análise e uma crise mais ampla, a qual revelaria estarmos diante de um momento de questionamento e de reavaliação do paradigma. Esse momento de crise pode estar relacionado às diversas dimensões do Direito, tais quais o modelo normativo, o arranjo institucional estatal, a cultura jurídica e a prática judicial¹⁸.

Denominaremos essa crise mais ampla de **Crise do Direito**, adotando a terminologia de Roberto Freitas Filho. Assim, definimos a Crise do Direito como sendo:

[U]m conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções ou para usar os dizer de KUHN, anomalias (segundo o paradigma vigente) reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática.¹⁹

Essa crise provavelmente estaria relacionada às mudanças econômicas e sociais das últimas décadas, sendo razoável se supor que tais mudanças podem ter contribuído para o

¹⁵ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 13.

¹⁶ Ibidem, p. 29.

¹⁷ Idem, p. 113-115.

¹⁸ FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais**: O Caso do *Leasing*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2009.

¹⁹ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: A Exaustão de um Paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 45.

questionamento de alguns conceitos básicos que integram o conjunto de crenças dos praticantes do Direito e que fazem parte da cultura jurídica. Neste sentido:

A existência da crise é perceptível porquanto os princípios básicos que organizam o sistema do direito privado são colocados em xeque, como: a idéia de que os conflitos jurídicos são inter-individuais, a liberdade e a igualdade nas relações de trocas, bem como a idéia de que o direito de propriedade não tem restrições.

Ocorreram transformações importantes no campo da economia e da geopolítica internacional que redundaram na falência do modelo de direito concebido no século XIX para dar resposta aos conflitos existentes. Podemos dizer que, a partir da segunda metade do século vinte, vêm ocorrendo mudanças avassaladoras no campo da economia que acabam por fazer com o que o paradigma da cultura jurídica veiculado nas faculdades de direito e praticado na forma de uma cultura de aplicação do direito tenha se tornado insuficiente para responder às demandas da sociedade por soluções satisfatórias dos conflitos existentes.²⁰

Postulamos que o problema do controle judicial das agências reguladoras está relacionado a uma discussão mais ampla, refletindo um debate das diversas concepções sobre o que é ou deve ser o Direito. Por outro lado, o problema em estudo possivelmente guarda, também, uma relação com o debate e reavaliação do próprio papel do Estado, podendo refletir a tensão entre os modelos do Estado de Bem-Estar social, do Estado Operador e do Estado Regulador²¹. Por tal razão, pretendemos abordar as mudanças de percepção do papel do Estado em face dos problemas da contemporaneidade, tanto em razão da revolução da tecnologia da informação como pela reestruturação econômica percebida a partir dos anos 70 do século passado.

Essas mudanças relacionadas ao Direito e ao Estado serão analisadas a partir dos fenômenos da contemporaneidade, como a era da informação, a integração dos mercados econômicos e a organização da sociedade em redes. Tais fatos são relevantes para compreendermos, entre outras questões, o novo papel do tempo nas relações humanas e na atividade econômica, a nova percepção que temos do espaço e as mudanças na forma de organização da produção. Entender estas mudanças possivelmente permitirá uma melhor compreensão das tensões acima expostas, as quais se refletem no debate acerca do atual papel do Estado na sociedade atual. Postulamos que o estudo dos fenômenos contemporâneos servirá para o entendimento tanto da suposta crise, como do próprio papel das agências reguladoras dentro do arranjo institucional estatal.

²⁰ FREITAS FILHO [2009], op. cit., p. 25-26.

²¹ CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 24-29 e 69-77.

Alertamos, todavia, que não pretendemos no presente trabalho buscar soluções e propostas para esta crise mais ampla. Como já apontamos, o estudo atual tem um objeto de investigação mais específico, que é o controle judicial do poder normativo das agências reguladoras. Abordamos esta discussão mais extensa, que envolve tanto o debate sobre o que deve ser o Direito como a reavaliação do papel do Estado, para analisarmos a influência que essas questões podem ter no controle judicial do poder normativo das agências reguladoras. Não estamos falando, neste ponto, de uma relação de causa e efeito, mas sim, tão somente, de uma possível relação entre dois fenômenos sociais parcialmente independentes. O que postulamos é que o debate judicial referente ao tema do nosso estudo, controle judicial do poder normativo das agências reguladoras, está mais relacionado a um conflito sobre concepções distintas do Direito e do Estado e menos relacionado às discussões doutrinárias hoje existentes no campo.

I.6. Apresentação da Divisão do Trabalho

Feitas estas considerações introdutórias, cumpre-nos apresentar a forma como o presente trabalho foi dividido.

No capítulo 1, apresentamos o problema do controle judicial do poder normativo das agências reguladoras, através da análise de três casos selecionados. Pretendemos, pela descrição destes casos, apresentar a dificuldade prática de se solucionar os problemas contemporâneos relacionados ao controle judicial das agências reguladoras.

No capítulo 2, apresentaremos a questão histórica e os novos desafios surgidos na contemporaneidade em relação ao papel do Estado. Neste capítulo, faremos uma análise da doutrina da separação dos poderes, a partir da teoria de Montesquieu e de Locke. Adotado este ponto de partida, pretendemos comparar o contexto do século XVIII com os problemas contemporâneos, de forma a discutir a possível inadequação da teoria de Montesquieu e dos autores liberais no arranjo estatal contemporâneo.

No capítulo 3, abordaremos a doutrina norte-americana e a brasileira sobre as agências reguladoras e enfrentaremos os principais óbices teóricos e conceituais ao exercício do poder normativo pelas agências reguladoras.

No capítulo 4, apresentaremos a nossa análise da forma como hoje se procede ao controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras e dos dados levantados ao longo da presente pesquisa. Apresentaremos, ao fim, a proposta de um referencial teórico, de

viés analítico, como uma possível forma de se auxiliar no exercício do controle judicial dos atos normativos emitidos pelas agências reguladoras.

CAPÍTULO 1 – O PROBLEMA DO CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Crise de 2008 e a Instrução CVM 480/2009

Em 2007, teve início nos EUA uma crise impulsionada pelo estouro da bolha do mercado mobiliário norte-americano. A crise do setor imobiliário teve como consequência o calote dos empréstimos relativos ao mercado *subprime*²², o que conduziu a uma crise de liquidez do setor financeiro dos EUA de dimensões comparáveis ao da grande depressão da década de 1930. Em março de 2008, esta crise, iniciada nos empréstimos *subprime*, conduziu a uma situação de risco e de perda de credibilidade de instituições financeiras como o Freddie Mac, Fannie Mae e Bear Stearns. A crise financeira acabou sendo agravada em 9 de setembro de 2008, momento no qual ficou claro que o Banco de Desenvolvimento da Coreia do Sul (*Korea Development Bank*) não iria adquirir o banco Lehman Brothers, o qual enfrentava sérios problemas de liquidez. Essa segunda fase da crise de confiança no setor financeiro norte-americano levou a uma crise de liquidez de instituições financeiras de maior porte, atingindo o próprio Lehman Brothers, o Merrill Lynch e a seguradora AIG (*American International Group*)²³. A partir deste momento, esta crise de liquidez colocou em risco a estabilidade de todo o sistema financeiro global²⁴.

Em 20 de setembro de 2008, ou seja, alguns dias após a quebra do Lehman Brothers, o governo norte-americano se viu obrigado a anunciar um pacote de ajuda (*bailout plan*) da ordem de US\$ 700 bilhões para evitar o colapso do sistema financeiro e a irradiação da crise para a indústria e outros setores da economia “real”. Este pacote seria destinado a garantir a liquidez das empresas do setor financeiro, principalmente através da aquisição de títulos de créditos podres (*toxic assets*)²⁵.

²² Sobre a crise do *subprime*, cf.: SHILLER, Robert J. **The Subprime Solution**: how today's global financial crisis happened and what to do about it. Princeton: Princeton University Press, 2008.

²³ BRUNNERMEIER, Markus K. **Deciphering the Liquidity and Credit Crunch 2007-08**. The National Bureau of Economic Research, dez. 2008. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14612.ack>>. Acesso em 10 jun. 2012. p. 16-20

²⁴ Sobre o tema da crise financeira de 2009, conferir o documentário Trabalho Interno (*Inside Job*). Diretor: Charles Ferguson. 2010. EUA. Documentário. 120 min.

²⁵ SOLOMON, Deborah et. al. U.S. Bailout Plan Calms Markets, But Struggle Looms Over Details. **The Wall Street Journal**, 20 set. 2008.

Com o pacote de resgate em andamento, o governo norte-americano e a opinião pública foram surpreendidos pela notícia de que as empresas em situação de risco financeiro iriam distribuir bônus milionários para os seus executivos. Um caso emblemático foi o da AIG, o qual chegou ao conhecimento público em março de 2009. A seguradora AIG havia recebido uma ajuda do governo da ordem de US\$ 170 bilhões. Porém, em 10 de março de 2009, o secretário de tesouro Timothy Geithner foi informado que a AIG pagaria bônus da ordem de US\$ 165 milhões²⁶ para os seus executivos, por força de contratos trabalhistas anteriormente assumidos pela empresa²⁷. Ainda que o valor fosse uma pequena fração do pacote de ajuda - no caso da AIG, menos do que 0,1% do plano de resgate - começaram as naturais acusações de que o dinheiro dos contribuintes estaria sendo usado para pagar os bônus milionários dos executivos, o que gerou uma compreensível insatisfação na opinião pública. Este problema político veio acompanhado da insinuação de que as pessoas que causaram a quebra do sistema financeiro estariam lucrando com a crise²⁸.

O governo norte-americano não só não tinha conhecimento prévio sobre a estrutura do pagamento de bônus das empresas privadas que operavam no setor financeiro, como não possuía uma legislação que lhe permitisse interferir diretamente no pagamento destes bônus. Tampouco o governo possuía um histórico destas remunerações que permitisse verificar se o pagamento de bônus teria sido majorado após o anúncio do pacote de resgate. O problema político criado pelo pagamento de bônus acabou sendo imputado à falta de regulação estatal do setor financeiro, sendo criticada particularmente a falta de atuação do *Federal Reserve* (Banco Central norte-americano) e a ausência de transparência em relação ao sistema de pagamento de bônus dos executivos²⁹.

Em razão do problema norte-americano, houve um movimento de diversos órgãos reguladores do mundo ocidental para impor a divulgação da estrutura de salários e de bônus pagos aos executivos de empresas com operação em bolsa, conforme recomendação do

²⁶ Posteriormente, descobriu-se que a cifra exata era de US\$ 218 milhões. WHY the People Who Broke the Financial System Will Profit. **Time Magazine**. 25 mar. 2009. Disponível em <www.time.com>. Acesso em 10 jun. 2012.

²⁷ SAPORITO, Bill. How AIG Became Too Big to Fail. **Time Magazine**. 19 mar. 2009. Disponível em <www.time.com>. Acesso em 10 jun. 2012.

²⁸ WHY The people [...], op. cit., p. 1.

²⁹ GOLDMAN, David e LIBERTO, Jennifer. Tug of War Over AIG Bonuses. **CNN Money**. 18 mar. 2009. Disponível em <http://money.cnn.com/2009/03/18/news/companies/aig_hearing/>. Acesso em 10 jun. 2012.

Comitê Técnico do IOSCO – *International Organization of Securities Commissions* (Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários)³⁰.

O Brasil acabou seguindo a tendência internacional. Em 7 de dezembro de 2009, ou seja, alguns meses após a revelação do episódio dos bônus da AIG, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) editou a Instrução 480/2009, obrigando que as companhias abertas com operação em bolsa passassem a divulgar a estrutura remuneratória de seus executivos. Segundo a referida instrução, as empresas deveriam divulgar o valor da menor remuneração, da maior remuneração e o valor da remuneração média dos montantes pagos aos seus executivos.

Esta remuneração deveria ser apresentada em valores totais, incluindo o pagamento de bônus, sem a identificação individual do valor pago a cada executivo ou dos seus nomes. Estes valores seriam, então, divulgados publicamente no sítio eletrônico da agência reguladora, e ficariam disponíveis à consulta de todos os interessados.

Na visão da CVM, estes dados poderiam, por exemplo, permitir que analistas financeiros identificassem uma empresa que possuísse uma estrutura remuneratória incompatível com os valores pagos pelo mercado ou com o seu faturamento. Desta forma, seria assegurada uma maior transparência no mercado de ações, o que auxiliaria nas decisões dos potenciais investidores de comprarem, ou não, ações de determinada empresa.

De fato, a divulgação destes dados deu origem a um artigo na revista *Isto É Dinheiro*³¹. Este artigo comparava os salários pagos pelas empresas aos seus executivos e os respectivos faturamentos, qualificava a remuneração dos executivos de super salários e mostrava que em pelo menos 15 empresas³² o salário médio dos executivos era superior a R\$ 1 milhão por ano. Na mesma reportagem, um líder sindical, Paulo Pereira da Silva,

³⁰ TECHNICAL Committee of the International Organization of Securities Commissions. **Principles for Periodic Disclosure by Listed Entities**. Final Report. Disponível em <http://www.iasplus.com/en/binary/iosco/1002disclosureprinciples.pdf>. Acesso em 11 jun. 2012.

³¹ GAMEZ, Milton et. al. A Exposição dos Super Salários: Revelar os ganhos dos executivos é bom para os investidores, mas cria problemas para as empresas nas relações com empregados e fornecedores. **Isto É Dinheiro**. 07 jul. 2010. Edição 665.

³² PDG Realty (R\$ 5,1 milhões); BM&F Bovespa (R\$ 2,9 milhões); CETIP (R\$ 2,7 milhões); TAM (R\$ 2,1 milhões); Multiplan (R\$ 2,1 milhões); Natura (R\$ 1,9 milhões); Hypermarcas (R\$ 1,8 milhões); Vivo (R\$ 1,6 milhões); Magnesita (R\$ 1,6 milhões); Bradesco (R\$ 1,4 milhões); Usiminas (R\$ 1,3 milhões); COMGÁS (R\$ 1,3 milhões); Positivo (R\$ 1,2 milhões); Hering (R\$ 1,1 milhões); e JBS S.A. (R\$ 1,1 milhões).

afirmava que a divulgação dos salários dos executivos iria servir como argumento nas futuras negociações salariais³³.

Alguns meses depois da expedição deste ato normativo, o IBEF, Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças, ajuizou na 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em março de 2010, uma ação ordinária contra a Comissão de Valores Mobiliários³⁴. Nesta ação, o IBEF sustentou, em síntese, a violação ao direito da intimidade dos executivos. Segundo o instituto, o cumprimento da Instrução acarretaria o conhecimento preciso dos salários dos Presidentes das empresas, pois, em regra, o maior salário seria, justamente, o do Presidente. Segundo os argumentos apresentados pelo instituto, a divulgação da remuneração dos executivos colocaria em risco a segurança dos mesmos e dos seus familiares, ante a possibilidade de serem vítimas das ações de criminosos.

Uma liminar de primeira instância acabou permitindo que 48 empresas³⁵ deixassem de cumprir a referida resolução, com base na garantia da inviolabilidade da intimidade. Na decisão de primeira instância, o juiz decidiu da seguinte forma:

Adite-se que, em um país com imensas desigualdades sociais e com um alto índice de violência, com a sofisticação dos agentes criminosos, dados financeiros, revelados pela internet, constituem meios de informação que põem em risco não somente os executivos, mas também os seus familiares.

O argumento possível de que isso ocorre em outras plagas não é de molde a importar, automaticamente, normas sem a necessária adequação, até porque o nosso sistema é de estrita legalidade e há lei regendo o caso concreto.³⁶

Esta decisão acabou sendo mantida pelo Relator do Agravo de Instrumento, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual negou a concessão de efeito suspensivo ao Agravo³⁷.

Ante a negativa de suspensão da liminar no âmbito do Agravo de Instrumento, a questão foi submetida à Presidência do STJ pela via do pedido de suspensão de liminar (SLS 1210). Defendia a CVM que o não cumprimento da Instrução nº 480 colocaria em risco o mercado de capitais, pela possibilidade de empresários e administradores destas empresas assumirem riscos financeiros excessivos, motivados por bônus e estruturas de pagamento

³³ GAMEZ, op. cit., p. 68.

³⁴ Ação nº 2010.51.01.002888-5, distribuída em 02/03/2010.

³⁵ Entre elas: AmBev, Oi, Santander, Itaú Unibanco, Souza Cruz, Suzano, OGX, Coteminas e Pão de Açúcar. GAMEZ, op. cit., p. 69.

³⁶ *Apud* autos da SLS 1.210, STJ, p. 378-379.

³⁷ TRIBUNAL Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 2010.02.01.002742-8. Decisão de 23/03/2010.

inadequadas, sem que houvesse possibilidade de controle destas remunerações pelos investidores, pelo mercado e pela CVM. A decisão do Ministro Presidente, *in limine*, não reconheceu haver grave lesão à economia e, portanto, manteve a liminar do Tribunal Regional, com o seguinte fundamento:

Ocorre que a requerente, apesar de todas as alegações que trouxe em sua inicial, **não demonstra** que a ausência de divulgação imediata do "valor da maior remuneração individual", do "valor da menor remuneração individual" e do "valor médio de remuneração individual" (fl. 809) **possa causar grave, iminente e irreparável lesão à ordem, à economia e ao interesse públicos**, o que torna inviável a utilização da suspensão de liminar e de sentença.

Com isso, **não vejo porque não se possa aguardar o julgamento do feito na instância própria**, à luz da legislação pertinente, momento em que poderá o Judiciário reapreciar a liminar aqui atacada e reformá-la, se necessário.

Sobre a discussão pertinente à legalidade e à constitucionalidade da divulgação da remuneração dos administradores, não enseja o acolhimento do pedido. É que os temas diretamente relacionados com o mérito da demanda principal não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença, como cediço, limita-se a **averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas [...]**.³⁸

Por força desta decisão, as empresas brasileiras de capital aberto passaram a se submeter a duas regras distintas. As 48 empresas que tinham executivos associados ao IBEF não estavam obrigadas a divulgar os dados da remuneração de seus executivos. Por outro lado, todas as demais empresas abertas estavam obrigadas a cumprir a Instrução CVM 480³⁹. Tal fato, evidentemente, gerou uma assimetria de informações entre empresas competidoras de um mesmo mercado. Voltaremos ao exame mais aprofundado deste caso no capítulo 4.

1.2. Atos Normativos das Agências e Pedidos de Suspensão

Podemos verificar que não são raros os episódios nos quais agências reguladoras fazem uso de pedidos de suspensão para a presidência do STJ ou do STF como forma de manter a vigência de seus atos normativos.

Por exemplo, em 2006, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) editou a Resolução nº 2, prevendo a possibilidade de se retirar das companhias aéreas os horários de

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS 1210. Rel. Min. Cesar Asfor. Decisão da Presidência do STJ. DJe 19/04/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2011.

³⁹ Até 30 de junho de 2010, 503 empresas já haviam atendido à resolução da CVM e divulgado as informações. GAMEZ, op. cit., p. 69.

vão (*slots*) do Aeroporto de Congonhas, no caso de não utilização efetiva pela empresa. Para tal, a empresa deveria atingir índices de utilização e regularidade determinados pela Agência. A resolução previa, ainda, a possibilidade dos *slots* retirados serem postos a leilão e transferidos a empresas aéreas concorrentes.

Com base nesta resolução, a ANAC aplicou uma punição à empresa aérea Pantanal, a qual estava em processo de aquisição pela TAM, retirando parte de seus *slots* ociosos. Todavia, a empresa adquirente obteve uma liminar, impedindo o leilão dos *slots* retirados, alegando que estes *slots* integrariam o patrimônio da empresa adquirida.

A questão foi submetida ao STJ pela via do pedido de suspensão de liminar (SLS 1161), tendo a Corte Especial do Tribunal permitido a realização do leilão. Voto vista da Ministra Nancy Andrighi, que acompanhou o voto vencedor, assim colocou a questão:

Entendo, nesta análise preliminar da matéria (que naturalmente poderá ser revista por ocasião do julgamento do recurso especial que advirá), que assiste razão à ANAC. Com efeito, os critérios técnicos pelos quais ela define as alocações de espaços para pousos e decolagens em cada aeroporto nacional dizem respeito à sua **competência específica de regulação do setor aeronáutico** e aeroportuário. As decisões acerca de relocação de vagas ociosas em aeroportos de alta demanda devem ser **tomadas de maneira rápida** e técnica. **Admitir que o Poder Judiciário se imiscua no mérito dessa questão**, ainda mais mediante decisão provisória em processo que não questiona o ato administrativo pela via principal, **pode ser muito perigoso**. Corremos o risco, com isso, de abrir um precedente que **paralise as atividades da agência reguladora**, que muitas vezes tem de **tomar decisões rápidas para equacionar problemas urgentes**.⁴⁰

Assim, pela decisão acima, poderíamos depreender que a posição do STJ sobre a matéria é de que não caberia ao Judiciário se imiscuir no mérito nas decisões de agências reguladoras, as quais seriam tomadas de maneira técnica e deveriam ser adotadas com rapidez.

Em 2009, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) editou as Instruções Normativas nº 09 e 10. A primeira Instrução Normativa regulava quais tipos de produtos, além de medicamentos, poderiam ser comercializados em farmácia, buscando evitar que produtos alimentícios, bebidas alcoólicas e itens não correlatos com serviços de saúde fossem vendidos nestes estabelecimentos. A Instrução Normativa nº 10 determinava que os

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 1161. Voto-vista da Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. DJe 15/04/2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2011.

medicamentos não mais estivessem ao alcance do consumidor para o auto-atendimento, incluindo, aí, os remédios que não exigiam receita médica (não controlados), obrigando as farmácias a manterem todos os remédios atrás do balcão.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região concedeu liminar desobrigando as farmácias associadas à ABRAFARMA a cumprirem as referidas instruções normativas. A questão foi submetida ao STJ pela via da Suspensão de Liminar (SLS 1200). O Ministro Ari Pargendler, em substituição ao Presidente da Corte, suspendeu a liminar tão somente em relação à manutenção dos remédios atrás do balcão. Todavia, na mesma ação, o Ministro permitiu que as farmácias continuassem vendendo outros produtos não correlatos à atividade farmacêutica, ou seja, não permitidos pela ANVISA, adotando argumento e posicionamento distinto.

Em relação à Instrução Normativa nº 09, assim decidiu o Vice-Presidente do STJ:

Sabido que legislações estaduais permitem o comércio de "artigos de conveniência" em farmácias, listando como tais produtos que não prejudicam a saúde (v.g., filmes fotográficos, isqueiros, água mineral, etc.), tudo recomenda que a execução da política pública de reconhecer as farmácias e drogarias como "unidades de saúde", exclusivamente, **aguarde o desfecho dos recursos judiciais já interpostos.**⁴¹

Já quanto à Instrução Normativa nº 10, a decisão foi diversa:

O que pode ser, e está sendo discutido nas ações ordinárias, é a **legalidade das restrições** impostas pelo aludidos atos normativos. Aqui, no entanto, **forma-se um juízo político** acerca dos danos que as decisões que anteciparam a tutela podem trazer aos interesses protegidos pelo art. 4º, da Lei nº 8.437, de 1992, mais especificamente àqueles indicados na petição inicial, a saber, ordem administrativa e saúde pública. Salvo melhor juízo, a saúde pública estará comprometida se o consumidor for estimulado, mediante a exposição de remédios, à automedicação. Se a medida adotada será eficaz, ou não, só o tempo poderá dizer. O que hoje pode-se afirmar é que **não arrepia o bom senso.**⁴²

O que se verifica dos casos acima é que, em alguns casos, as agências reguladoras conseguem, com sucesso, suspender as liminares através do uso de pedidos de suspensão,

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS 1200. Rel. Min. Ari Pargendler. Decisão Monocrática da Vice-Presidência do STJ. DJe 05/05/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2011.

⁴² Ibidem. DJe 14/04/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2011.

restabelecendo a validade dos seus atos normativos. Não está claro, todavia, os critérios utilizados pelo Judiciário para decidir sobre estas questões, como discutiremos a seguir.

1.3. O Núcleo do Problema do Controle Judicial

Primeiramente, devemos apontar que **todos os três casos descritos nos itens 1.1 e 1.2 tratam da possibilidade de agências reguladoras editarem atos normativos para regular uma determinada atividade econômica**. Os exemplos referidos estão relacionados a um traço característico das agências reguladoras, que é a competência regulatória setorial. Nos três casos, discute-se o poder de essas agências adotarem soluções reguladoras destinadas a produzir resultados práticos e pragmáticos em determinado setor econômico, promovendo uma intervenção estatal na economia a qual, ao menos em tese, busca a satisfação do interesse público substantivo⁴³.

Na acepção teórico-doutrinária, as agências reguladoras seriam a representação legal da mudança do papel do Estado. Representariam o abandono dos modelos de Estado de Direito e do Estado Social para um Estado Regulador, em razão da necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer funções de controle normativo⁴⁴.

Mas quais os elementos comuns dos três casos acima? Primeiro, estamos diante de um exemplo prático do exercício do poder normativo por uma agência reguladora, seguido pelo controle judicial. Nos três casos, a respectiva agência expediu um ato normativo destinado a regular um determinado aspecto da atividade econômica sob sua fiscalização, o qual inicialmente restou suspenso pelo Judiciário.

Em todos os três casos, as instâncias de origem do Poder Judiciário concederam liminares obstando o ato regulatório. Tal decisão se deu num juízo precário, ou seja, numa fase processual inicial, de forma antecipada. Nestes três exemplos, a questão foi submetida ao STJ pela via dos pedidos de suspensão de liminar, fazendo-se uso de um caminho processual excepcional. Tais condições implicaram na obtenção de uma decisão sobre a questão no STJ antes mesmo dos juízos monocráticos proferirem as suas sentenças. Qual é o problema revelado por estes exemplos?

⁴³ Sobre o papel das agências reguladoras e os aspectos políticos e jurídicos da regulação: Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81-93.

⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agência Reguladora: legalidade e constitucionalidade**. In: Revista Tributária de Finanças Públicas, nº 35, ano 08, nov-dez. 2000. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

Em primeiro lugar, percebemos que pontos importantes da vida cotidiana, da organização da sociedade e da execução da atividade econômica passaram a ser normatizados diretamente por agências reguladoras, em substituição ao poder legislativo.

O segundo ponto evidenciado é que a velocidade normal do processo judicial, o chamado tempo jurídico⁴⁵, não se mostrou suficiente para a solução da questão. Há uma tensão existente entre a necessidade de respostas breves, exigidas pela regulação da atividade econômica, e o tempo necessário para o julgamento de um processo judicial. E tanto é assim que o julgamento da questão restou abreviado, pelo artifício do uso de liminares e dos correspondentes pedidos de suspensão.

O debate da tese não seguiu o modelo processual padrão, dentro de uma sequência lógica ideal de tese, antítese, provas, sentença e recurso. Nos exemplos tratados, a lide foi decidida por liminares e pedidos de contracautela, chegando até o STJ pela via excepcional da Suspensão de Liminar, prevista na Lei nº 8.437/92. Desta forma, verifica-se o abandono da via jurídica principal, chegando a questão ao STJ por uma via processual abreviada e presumidamente excepcional.

A terceira questão que podemos notar é uma tensão entre duas concepções do Estado. A primeira, baseada numa leitura liberal do conceito de repartição de Poderes de Montesquieu⁴⁶, na qual o poder normativo é exclusivo do poder legislativo. Esta concepção valoriza a proteção dos direitos individuais e defende uma visão específica sobre a liberdade, a qual é associada à não intervenção do Estado na vida privada.

A segunda concepção, introduzida no Brasil pela reforma administrativa da década de 90, busca copiar o modelo norte-americano de Agências. Nesta visão, caberia às agências reguladoras exercerem um poder normativo para regular os seus respectivos setores econômicos⁴⁷. Esta visão é baseada em uma concepção pragmática do Estado e focada na busca de resultados.

⁴⁵ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. **Globalização, separação de poderes e tempo legiferante**. In: DANTAS, Bruno *et al* (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. O Exercício da Política - Volume II. Instituto Legislativo Brasileiro: Brasília, 2008, v. III, p.426.

⁴⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 2008, v. 868, p. 53-68.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática in BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Analizados os pontos em comum, podemos evidenciar as diferenças entre os julgamentos do STJ acima referidos. Nas decisões retratadas, não se esclareceu quanto ao alcance ou limites do poder normativo das agências reguladoras, sequer se analisando se, de fato, há um poder normativo a ser exercido. Apontamos que em cada uma das decisões abordou-se a questão por um aspecto diverso.

Por exemplo, o voto vista da Ministra Nancy Andrichi no caso da ANAC, que acompanhou o voto vencedor, adotou uma visão de impossibilidade de controle judicial do mérito do poder normativo das Agências Reguladoras. Este voto possivelmente incorpora a visão da reforma administrativa da década de 90, defendendo que as agências reguladoras devem ser capazes de tomar decisões rápidas para equacionar problemas urgentes.

O voto do Presidente do STJ no caso da CVM, por sua vez, adota como fundamento o texto da Lei nº 8.437/92, qual seja, a necessidade de demonstração de uma lesão grave à ordem, à economia e ao interesse públicos para a suspensão de liminar. Não esclarece, todavia, o que seria este conceito. Ou seja, não delimita o que poderia ser considerado uma grave lesão à ordem, à economia ou ao interesse público, não demarcando, portanto, o alcance da expressão. Desta forma, não justifica explicitamente a razão pela qual os fatos em análise não se adequaram ao conceito legal de grave lesão, deixando, pois, de definir a questão jurídica, impedindo o controle racional da decisão e sua comparação com outros julgamentos em casos similares.

O voto do Vice-Presidente do STJ no caso da ANVISA, por sua vez, adota dois critérios distintos ao julgar, no mesmo caso, as duas instruções da agência. Em relação à Instrução Normativa nº 9, a decisão rejeita a possibilidade de uso da via processual abreviada do pedido de suspensão de liminar para decidir políticas públicas de saúde. Assim, defende o Ministro que se aguarde o desfecho dos recursos judiciais já interpostos, afastando a possibilidade da questão ser discutida na via do pedido de suspensão de liminar. Por outro lado, em relação à Instrução Normativa nº 10, o Ministro fundamentou sua decisão na pertinência das restrições impostas, adotando um juízo político sobre a questão e pautando a sua decisão no controle do bom senso do ato normativo emitido pela agência reguladora.

Notamos, portanto, que há, ao menos num exame preliminar e superficial, critérios distintos para se julgar questões similares. Independentemente de juízos sobre a correção, ou não, das decisões referidas, o que se mostra claro é que os parâmetros adotados para o exercício do controle judicial não se manifestaram de forma coerente. Ainda que seja

plenamente possível entender que situações aparentemente similares possam ter soluções jurídicas distintas, em razão das particularidades de cada caso, mostra-se contraditória a adoção de premissas completamente diversas como parâmetros da metodologia do controle judicial.

Destacamos que estamos analisando três casos discutidos em um mesmo órgão jurisdicional (STJ), sobre uma temática semelhante, julgados num espaço de tempo próximo e com rito processual bastante similar. Assim, a semelhança de contexto permite uma razoável comparação entre as diversas decisões judiciais.

A justificativa de termos selecionado julgados do STJ se dá pela importância institucional da Corte como ente jurídico uniformizador da jurisprudência infraconstitucional. Como a limitação do poder normativo das agências reguladoras se dá, na prática judicial, mais por uma questão de controle de legalidade do que de constitucionalidade, mostra-se relevante o estudo das decisões do STJ sobre o assunto, que é a corte de mais alta instância no controle infraconstitucional.

O tema debatido nas decisões são igualmente relevantes. Todos os três casos podem ser considerados como *leading cases* dentro dos seus respectivos setores de atividade econômica. Todos os casos também receberam cobertura da mídia especializada, o que demonstra a relevância das questões neles discutidas, do ponto de vista econômico e social. Há, pois, impacto das decisões analisadas no campo jurídico, social e econômico.

As decisões selecionadas são recentes e, portanto, revelam o estado da arte da discussão jurisprudencial acerca da matéria. A proximidade temporal dos três julgados permite, também, uma análise mais precisa, pois descarta o risco das variações nas decisões serem causadas por diferenças no contexto histórico.

O fato de se optar por casos levados ao STJ pelo pedido de suspensão de liminar é, igualmente, proposital, por revelar o problema do tempo na solução da lide judicial, evidenciando o conflito que há entre o tempo econômico e o tempo jurídico.

O último fator utilizado para a seleção destas decisões é a evidente inconsistência de parâmetros utilizados para o julgamento da controvérsia jurídica. Mostra-se relevante, e intrigante, o fato de que nenhuma das três decisões conseguiu produzir uma solução que possa pacificar o problema social em questão, qual seja, do alcance do poder normativo das agências reguladoras. Neste contexto, é legítimo postular-se que tais fatos estão de certa

forma relacionados com a inadequação do ferramental teórico apresentado pela doutrina, o qual não se mostra apto a auxiliar na solução dos casos concretos apresentados aos praticantes do Direito, ao menos na temática presentemente em exame.

Como explicaremos nos capítulos 2 e 3, entendemos que os instrumentos teóricos comumente apresentados para a solução de casos como os acima narrados estão baseados em categorias de pensamento que remontam ao século XVIII. Assim, pela distância entre os problemas contemporâneos e as premissas adotadas no respectivo debate teórico, a discussão doutrinária acaba não se mostrando útil como forma de auxílio à solução prática de alguns dos problemas judiciais contemporâneos, notadamente os relacionados à intervenção estatal na atividade econômica privada.

CAPÍTULO 2 – SEPARAÇÃO DE PODERES E PROBLEMAS DA CONTEMPORANEIDADE

2.1. A Separação de Poderes como Óbice ao Poder Normativo do Executivo

Quando se fala em atribuição de funções legislativas a órgãos que integram o poder executivo, como é o caso das agências reguladoras, um dos óbices comumente apresentados é a violação ao princípio da separação de poderes. Para este argumento, a concentração de duas funções do Estado, legislativa e executiva, em um mesmo órgão seria antidemocrática, eis que os poderes deveriam ser mantidos separados e estanques. E não é raro que tal argumentação seja feita com apoio numa suposta teoria da separação de poderes de Montesquieu.

Este argumento é comum e já foi, mesmo, incorporado a algumas decisões judiciais pátrias da contemporaneidade. Por exemplo, ao analisar a Medida Provisória 1.415/96 e o princípio da anterioridade nonagesimal da contribuição previdenciária dos servidores públicos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que o uso da Medida Provisória violava a separação de poderes. Sem pretendemos adentrar no mérito da decisão, a qual, de fato, não interessa ao presente estudo, cabe apresentar um dos principais argumentos do Tribunal, o qual bem ilustra o que dissemos no parágrafo anterior. Primeiramente, a Corte abre seu argumento afirmando que:

De janeiro de 1995, quando tomou posse o novo Governo, até a presente data, já foram baixadas mais de 700 medidas provisórias, o que demonstra total despreço ao Poder Legislativo, que se mostra fraco, omissivo, subserviente.⁴⁸

E o Tribunal segue a sua linha argumentativa afirmando que “[é] imperioso que o Governo volte a ler as lições de Montesquieu”⁴⁹. Após transcrever diversas passagens de *Do Espírito das Leis*, conclui afirmando que “[p]ela separação dos poderes, a função legislativa cabe ao Congresso”, e como o governo de então vinha, na sua visão, usurpando as funções do legislativo, teria se transformado em um governo ditatorial⁵⁰.

Como já apontamos, não pretendemos discutir se a contribuição social do servidor pode ou não ser criada por Medida Provisória, questão estranha ao presente estudo. O que

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 1997.01.00.046981-5/DF, Relator Juiz Tourinho Neto, 3ª Turma, DJ p.124 de 27/03/1998. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 14 nov. 2011.

⁴⁹ Ibidem, p. 7.

⁵⁰ Idem, p. 7.

questionamos é se é válido desenvolvermos um argumento jurídico, aplicável a uma democracia contemporânea, tomando por base um texto escrito por Montesquieu, dentro de outro contexto histórico. E, na hipótese de entendermos válido este tipo de argumento, se realmente Montesquieu teria afirmado que o exercício da função legislativa pelo poder executivo caracterizaria um Estado ditatorial, como sugere a linha de argumentação acima retratada.

Montesquieu é um daqueles autores que é mais citado do que seguido, ou mesmo lido. Já se tornou um lugar-comum citar-se Montesquieu para se defender teses sobre a separação de poderes, sobre arranjos políticos e sobre problemas da atuação judiciária. Pouco se questiona, todavia, se passados mais de 250 anos da publicação do *Do Espírito das Leis*, os escritos de Montesquieu ainda seriam relevantes como solução dos problemas da contemporaneidade.

Não é incomum que o Direito se aproprie da História como estratégia de legitimação⁵¹. Assim, não é de se estranhar o uso de Montesquieu como um argumento de autoridade para a justificação de um ou outro discurso político. A referência a autores clássicos possibilita que se atribua uma aura de tradição a determinadas soluções, ocultando-se – intencionalmente ou não – os seus contextos originais. Esta apropriação de autores e textos clássicos, sem uma reflexão crítica, acaba gerando uma visão distorcida da História, projetando-se no passado problemas que são típicos da contemporaneidade⁵².

Pretendemos no presente capítulo analisar o contexto histórico da obra *Do Espírito das Leis* e debatermos criticamente a validade do texto de Montesquieu para o arranjo político contemporâneo, considerando os problemas da contemporaneidade.

2.2. Separação de Poderes e a Influência dos Autores Ingleses

É um equívoco pensar-se que Montesquieu foi o criador da noção de separação de poderes. Na verdade, a ideia moderna de repartição dos poderes do Estado⁵³ já era

⁵¹ Sobre o tema do uso da História para a legitimação do Direito: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e História: uma Relação Equivocada**. Londrina: Edições Humanidades, 2004. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**, 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 18.

⁵² Esta apropriação do passado é referida por Walter Benjamin como o “salto do tigre” (*tiger’s leap*) no passado. BENJAMIN, Walter. **Illuminations**. Nova York: Schocken Books, 1968. Tradução de Harry Zohn. p. 261.

⁵³ Nos referimos à “ideia moderna” de repartição dos poderes do Estado, em contraposição às discussões clássicas sobre o tema. De fato, autores clássicos, como Aristóteles, em sua obra “Política”, já formulavam algumas discussões embrionárias sobre o assunto. Todavia, por opção metodológica, deixaremos de abordar as ideias aristotélicas e concepções clássicas, eis que formuladas num contexto muito anterior à criação do Estado moderno e, portanto, muito afastadas dos problemas da contemporaneidade que pretendemos abordar.

intensamente debatida na Inglaterra do século XVII, cem anos antes da publicação do *Do Espírito das Leis*. Vejamos, por exemplo, o que diz Thomas Hobbes sobre o assunto:

15 – Outros, a fim de evitar o que eles pensam ser uma dura condição de absoluta sujeição (e como eles a odeiam, chamam-lhes escravatura) conceberam a ideia dum governo, que eles pensam ser uma mistura de **três espécies de soberania**. Por exemplo, eles supõe que o poder da **elaboração das leis** seria dado a uma grande assembleia democrática, o **poder judicial** a uma outra assembleia e a **execução das leis** a uma terceira assembleia ou homem; e chamam a este governo monarquia mista, aristocracia mista, ou democracia mista, conforme um dos três poderes predomine de maneira muito eficiente. E neste estado de governo, pensam, que o uso do gládio privado está excluído⁵⁴.

Esclarecemos, primeiramente, que Hobbes não endossa a teoria de separação de poderes. Ao contrário, para Hobbes, “a soberania é indivisível”⁵⁵. O que queremos apontar nesta passagem é que a noção de separação do Estado em um poder de elaboração das leis, um poder judicial e um poder de execução das leis já era debatida na Inglaterra muito antes do nascimento de Charles Louis de Secondat, o Barão de La Brède e Montesquieu. Para que se contextualize este ponto, a obra *De Corpore Político*, de Hobbes, de onde extraímos o trecho acima reproduzido, foi originalmente publicada em 1640. Montesquieu nasceu em 1689, ou seja, quase 50 anos depois⁵⁶. Por sua vez, a primeira edição de *Do Espírito das Leis* somente veio a ser publicada em 1748⁵⁷, mais de 100 anos depois da publicação da obra de Hobbes.

Tampouco podemos atribuir à Hobbes a paternidade do conceito de separação de poderes, pois, como apontamos acima, o mesmo não subscrevia tal teoria⁵⁸, a qual atribuía genericamente a “outros”. Infelizmente, Hobbes não registrou quais seriam estes outros autores que defendiam esta ideia, ou as obras das quais retirou estas noções. Provavelmente estes conceitos foram extraídos de autores que acabaram caindo no obscurantismo. Uma possibilidade de autoria nos é oferecida por J. W. Gough, o qual aponta os textos do Reverendo George Lawson como a principal referência, no século XVII, para a ideia de separação de poderes⁵⁹. Ainda que seja difícil atribuir-se uma “paternidade” única ao conceito

⁵⁴ HOBBS, Thomas. **Elementos do Direito Natural e Político**. Coleção Resjurídica. Porto: Rés Editora, s.d., p. 151. *Grifos nossos*.

⁵⁵ Ibidem, p. 151.

⁵⁶ STAROBINSKI, Jean. **Montesquieu**. São Paulo: Schwarcz, 1990, p. 9.

⁵⁷ Ibidem, p. 11.

⁵⁸ Devemos lembrar que Thomas Hobbes é uma referência do jusracionalismo absolutista. Na sua visão, para sair do estado de natureza, os homens teriam decidido depor todos os seus direitos na mão do príncipe. HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 304-305. LOPES, op. cit., p. 192-193.

⁵⁹ GOUGH, J. W. A Separação dos Poderes e a Soberania in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 227.

de separação de poderes, podemos afirmar com segurança que a noção de limitação do poder do monarca por outros poderes, um Legislativo e um Judiciário, eram temas em plena discussão na Inglaterra muito antes da publicação de *Do Espírito das Leis*.

De fato, há um extenso debate doutrinário que busca atribuir a John Locke a autoria do conceito de separação de poderes⁶⁰. John Locke realmente descreveu uma separação de poderes no seu Segundo Tratado (*Second Treatise of Government*), originalmente publicado em 1690, ou seja, mais de cinquenta anos antes do *Do Espírito das Leis*. Todavia, o trabalho de Locke é igualmente posterior ao de Hobbes e do Reverendo George Lawson.

Sobre a separação de poderes, Locke propõe um esquema político distinto do enunciado por Montesquieu, separando os poderes em legislativo, o qual teria preponderância sobre os demais, executivo e um poder federativo (*federative*)⁶¹, compreendendo-se este último como o poder de fazer a paz e a guerra. Locke não menciona nesta separação o Poder Judiciário. Tal fato demanda alguma explicação. Não é que Locke tivesse se esquecido do poder de julgar em sua obra. Todavia, para Locke, a função de julgar estava diretamente vinculada à função de legislar⁶². Isto é compreensível num sistema de *Common Law*, no qual as normas podem ser criadas tanto pela *Statute Law* como pelos precedentes jurisprudenciais. Todavia, apesar de ligada à função legislativa, o poder de julgar, em Locke, não era exercido pelo Parlamento, mas, sim, pelo Magistrado e pelo corpo do povo⁶³, presumivelmente através de um corpo de jurados.

Primeiro, cumpre apontar que Locke reconhecia a necessidade de uma autoridade judiciária (a qual ele chama de *judicature*). A possibilidade de recorrer a uma autoridade judiciária para decidir as controvérsias era precisamente a distinção entre o estado de natureza e a sociedade civil:

Aqueles que estão unidos em um corpo, e têm um lei comum estabelecida e uma judicatura a quem apelar, com autoridade para decidir controvérsias entre eles, e punir os criminosos, estão numa sociedade civil um com o outro: mas aqueles que não têm essa forma de apelação comum, quero dizer, na terra, ainda estão, cada um, no estado de natureza, onde não há outro juiz

⁶⁰ Sobre o tema da autoria da teoria da separação dos poderes: GOUGH, op. cit., p. 219-244.

⁶¹ Como enunciado no capítulo XII, “*Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*”. LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. EBook. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org>>. Acesso em 16 set. 2011. Cap. XII.

⁶² Ibidem, cap. VII, seção 88.

⁶³ Idem, cap. XIX, seção 242.

e executor para si; o que é, como eu já havia mostrado, o perfeito estado de natureza.⁶⁴

Poderíamos questionar, todavia, se o trecho acima somente se referia às relações entre os indivíduos e não entre estes e o Estado, o que levaria a concluir, portanto, que Locke não teria previsto a limitação do Poder Executivo e Legislativo por um Poder Judicial. Este não é o caso⁶⁵. Locke, em outro trecho da mesma obra, deixa bem claro que o Executivo e o Legislativo também deveriam ser julgados pelo povo:

Aqui, é provável que uma pergunta comum seja feita. Quem deve ser o juiz, se o príncipe ou o legislativo agirem contrariamente à confiança neles depositada? [...] A isto eu respondo. O povo deve ser o juiz; [...]

Se uma controvérsia surge entre um príncipe e alguns do povo, num assunto onde a Lei é silente, ou dúbia, e a questão seja de grande consequência, eu devo pensar que o árbitro adequado, em tal caso, deve ser o corpo do povo: pois nos casos em que o príncipe tem uma confiança depositada nele, e é dispensado das regras comuns da lei ordinária; aí, se qualquer pessoa se vê prejudicada, e pensa que o príncipe age contrário a, ou além desta confiança, quem seria mais apropriado a julgar do que o corpo do povo, (o qual, no início, depositou essa confiança nele) o quão longe eles pretendiam que essa confiança devesse se estender.⁶⁶

Não faria sentido para Locke incluir o judiciário numa divisão dos poderes do Estado, como um poder autônomo, se o julgamento do príncipe e do legislativo deveria ser exercido pelo povo (*body of the people*). Portanto, estão presentes em Locke tanto a repartição do poder executivo e do poder legislativo quanto o controle de ambos por uma autoridade judicial, através do julgamento por um corpo de jurados.

Além disso, o poder de julgar, para Locke, estava vinculado à tarefa de criar regras, e ambas deveriam ser mantidas separadas do poder executivo. Todavia, não há em Locke uma clara preocupação de separar o poder de legislar do poder de julgar, até mesmo porque, no

⁶⁴ “Those who are united into one body, and have a common established law and judicature to appeal to, with authority to decide controversies between them, and punish offenders, are in civil society one with another: but those who have no such common appeal, I mean on earth, are still in the state of nature, each being, where there is no other, judge for himself, and executioner; which is, as I have before shewed it, the perfect state of nature”. Tradução nossa. LOCKE, op. cit., cap. VII, seção 87.

⁶⁵ Na verdade, Locke é o teórico inglês tido como referência para o liberalismo. Nos representantes da orientação liberal, os direitos subjetivos eram oponíveis mesmo em face do Estado. HESPANHA, op. cit., p. 307.

⁶⁶ “Sect. 240. Here, it is like, the common question will be made, Who shall be judge, whether the prince or legislative act contrary to their trust? [...] To this I reply, The people shall be judge; [...] Sect. 242. If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent, or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire, in such a case, should be the body of the people: for in cases where the prince hath a trust reposed in him, and is dispensed from the common ordinary rules of the law; there, if any men find themselves aggrieved, and think the prince acts contrary to, or beyond that trust, who so proper to judge as the body of the people, (who, at first, lodged that trust in him) how far they meant it should extend?” Tradução nossa. Ibidem, Cap. XIX, seção 240-242.

sistema da *Common Law*, é esperado que o juiz crie normas abstratas, a serem aplicadas além do caso concreto.

Outra questão bastante peculiar em Locke, a qual não é tratada posteriormente por Montesquieu, é o poder federativo. Uma leitura apressada poderia nos fazer imaginar que Locke estaria propondo um quarto poder. Melhor analisando o pensamento de Locke, em regra o poder executivo e o federativo – compreendido como o poder de fazer a paz e a guerra - estariam juntos⁶⁷. O poder federativo não seria um poder a parte e, sim, um poder natural do próprio poder executivo.

Para Locke, nos governos bem articulados, o poder executivo e o legislativo estariam separados, em mãos distintas. Ambos estariam subordinados ao povo, o qual teria, em última instância, o poder supremo⁶⁸.

Fazemos este breve apanhado para demonstrar que as ideias quanto à separação de poderes e controle do Executivo pelo Legislativo e pelo Judiciário já estavam em debate na Inglaterra do século XVII, muito antes de Montesquieu escrever *Do Espírito das Leis*. Mas teria Montesquieu sido, de fato, influenciado pelos autores ingleses? Parece-nos que a resposta seja afirmativa.

Entre 1728 e 1731, ou seja, antes de escrever *Do Espírito das Leis*, Montesquieu viajou pela Europa, tendo vivido na Inglaterra por dois anos⁶⁹, onde foi admitido como membro da Academia Real (*Royal Society*)⁷⁰ e da maçonaria⁷¹. A essa altura, Montesquieu era conhecido pela sua obra *Cartas Persas* (*Lettres Persanes*), publicada em 1721, a qual havia obtido grande sucesso⁷².

Ao regressar para França, em 1731, começou a escrever o livro *Do Espírito das Leis*⁷³, obra que levaria quase 20 (vinte) anos para ser concluída. Neste meio termo, em 1734, publicou *Considerações Sobre as Causas da Grandeza dos Romanos e da sua Decadência*, o qual pode ser considerado como um capítulo precursor da obra *Do Espírito das Leis*⁷⁴.

⁶⁷ LOCKE, op. cit., seção 148.

⁶⁸ “WHERE the legislative and executive power are in distinct hands, (as they are in all moderated monarchies, and well-framed governments) [...]”. Ibidem, cap. XIV, seção 159.

⁶⁹ WILLIAMS, David. **The Enlightenment**. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 1999, p. 245.

⁷⁰ GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 37.

⁷¹ RICHTER, Melvin. **Selected Political Writings**: Montesquieu. Indianápolis: Hackett Publishing, 1990, p. 7.

⁷² Ibidem, p. 8.

⁷³ WILLIAMS, op. cit., 245.

⁷⁴ STAROBINSKI, op. cit., p. 11 e 21.

Para David Williams, a defesa de Montesquieu de um sistema de governo baseado na separação de poderes quase certamente derivou da sua observação do funcionamento do parlamento inglês⁷⁵. Esta conclusão é bastante evidente pela simples leitura do próprio *Do Espírito das Leis*.

Note-se que a célebre passagem onde Montesquieu descreve a separação entre os poderes está contida no capítulo VI do livro décimo primeiro⁷⁶, sugestivamente intitulado “Da Constituição da Inglaterra”⁷⁷. Esta admiração pelo sistema inglês está clara no capítulo V do mesmo livro⁷⁸, o qual serve, na verdade, como introdução do capítulo seguinte. Neste, Montesquieu discorre sobre os objetivos dos diversos Estados: dos despóticos seriam as delícias do príncipe; nas monarquias, a própria glória e a do Estado; o de Roma seria o engrandecimento. Ao introduzir o capítulo posterior, que trata da constituição da Inglaterra, Montesquieu afirma o seguinte:

Há, também, uma nação do mundo que tem por objetivo direto da sua constituição a liberdade política. Vamos examinar os princípios sobre os quais ela fundamenta essa liberdade. Se eles forem bons, a liberdade neles se refletirá como em um espelho.⁷⁹

Verificamos que a célebre passagem do *Do Espírito das Leis* que trata da separação de poderes está justamente no capítulo dedicado à constituição inglesa. Tal fato nos permite depreender que o conceito de separação de poderes de Montesquieu, mais do que uma hipótese abstrata, é a descrição da sua visão do sistema político inglês, feita pelas suas observações do início do século XVIII.

Sabendo, portanto, que o modelo de separação de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, comumente atribuído a Montesquieu, é na verdade uma descrição da sua visão da constituição da Inglaterra do início do século XVIII, devemos nos perguntar sobre o contexto histórico no qual essa descrição foi efetuada.

⁷⁵ WILLIAMS, op. cit., p. 245.

⁷⁶ Ao fazermos citações ao *Do Espírito das Leis*, buscaremos fazer referência ao livro e ao capítulo, para facilitar a comparação entre as diversas edições. Apesar de terem sido consultadas várias versões do livro em múltiplos idiomas, as transcrições foram feitas a partir da edição da Martin Claret, de 2002, na tradução de Jean Melville.

⁷⁷ MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Tradução de Jean Melville, p. 165, Livro XI, Cap. VI.

⁷⁸ Ibidem, p. 165, Livro XI, Cap. VI.

⁷⁹ Idem, p. 165, Livro XI, Cap. VI.

2.3. Do Contexto Histórico de *Do Espírito das Leis*

O que era a constituição da Inglaterra do início do século XVIII? Não era um documento ou um texto legal que possamos objetivamente analisar. No século XVIII, a constituição inglesa era provavelmente mais um conceito abstrato do que seria, ou deveria ser, o arranjo político da Inglaterra do que propriamente um texto legal positivado. Para entendermos, portanto, o que seria esta constituição inglesa, e os motivos da admiração de Montesquieu, devemos verificar os eventos que se sucederam na Inglaterra no século XVII e início do século XVIII.

Verificamos, portanto, que a constituição inglesa a que se refere Montesquieu é, possivelmente, uma representação abstrata⁸⁰ do pensamento jurídico construído pela Revolução Gloriosa, simbolizada pelo *Bill of Rights* e pelos princípios do *Common Law*, resultante do início do processo de abandono do Direito Romano pelo sistema jurídico inglês.

Não podemos cair na tentação de imaginarmos que a constituição inglesa descrita por Montesquieu seria, então, o *Bill of Rights* de 1689. A constituição, no sistema da *Common Law*, é mais uma ideia do que um documento. Para entendermos tal diferença, devemos examinar outro jurista contemporâneo de Montesquieu, *Sir William Blackstone*, o qual publicou, em 1765⁸¹, uma obra comentando o sistema legal inglês.

Para Blackstone, a *Common Law* não era uma Lei escrita (referida como *Statute Law*) e, sim, um conjunto de máximas e de costumes não escritos, passados pela tradição e observados desde tempos imemoriais⁸². A *Common Law*, todavia, não se confundia com a simples tradição oral, pois ela era validada pelo judiciário:

Mas aqui uma muito natural, e muito concreta, pergunta surge: como são esses costumes ou máximas conhecidos, e por quem é determinada a sua validade? A resposta é, pelos juízes nas diversas cortes de justiça. Eles são o depositário das leis; os oráculos vivos, que devem decidir em todos os casos de dúvida, e que são vinculados por um juramento a decidir de acordo com a lei da terra⁸³.

⁸⁰ Temos que lembrar que o movimento de codificação do Direito e as primeiras constituições escritas somente surgem no final do século XVIII, ou seja, algumas décadas depois da publicação de *Do Espírito das Leis*. HESPANHA, op. cit., p. 329-332. LOPES, op. cit., p. 208-209.

⁸¹ Devemos ressaltar que a obra de William Blackstone é posterior a *Do Espírito das Leis*. Assim, na verdade, Blackstone é quem sofreu a influência de Montesquieu, não vice-versa.

⁸² BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England** – Book the first. *E-book*, 2009.

Disponível em <www.gutenberg.org>. Acesso em 22 set. 2011. Versão digital da edição original [1765]. p. 17.

⁸³ “But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their vality to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They

A constituição inglesa, seguindo a tradição da *Common Law*, não era propriamente um documento escrito, mas, sim, normas e costumes tradicionalmente aceitos e validados pelos juízes e tribunais. Ainda que o trecho de Blackstone acima reproduzido seja posterior à passagem de Montesquieu pela Inglaterra, podemos inferir que o mesmo possivelmente refletia o pensamento jurídico inglês conhecido por Montesquieu.

Estabelecida a premissa de que a constituição inglesa é mais uma ideia política do que um documento jurídico formal, ainda nos resta analisar em qual contexto histórico se situava esta concepção política descrita por Montesquieu.

Do ponto de vista do pensamento jurídico e político, essa é a época (1600-1800) do início do *jusracionalismo* e do direito racional⁸⁴. No século XVII, o jusnaturalismo se emancipou da teleogia moral, e a própria filosofia social passou a ser usada diretamente como teoria do direito. Os intelectuais jusracionalistas tentavam explicar a sociedade através de um sistema científico, não só sob a influência do *Discorsi* de Galileu Galilei (1638) e do *Discurso sobre o Método*, de Descartes (1637), mas também sob a influência de escolas filosóficas da baixa idade média, como o nominalismo de Guilherme de Occam. A pretensão de conhecimento das leis naturais é aplicada ao Estado, ao Direito e à sociedade. O jusnaturalismo, portanto, é caracterizado não só pela secularização, mas também pela sua emancipação metodológica através da criação de uma ética social “mundana”, com pretensão científica. Essa revolução cultural fundou uma nova Teoria do Estado, transformando a sociedade europeia e permitindo a construção, no século XVII, de uma nova ordem jurídica e uma nova configuração do Estado e dos poderes públicos⁸⁵.

Por outro lado, o jusracionalismo foi construído tendo por base uma sociedade **individualista**. A sociedade é vista como uma “soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social”⁸⁶. Os homens são vistos como naturalmente egoístas; seus interesses não são coletivamente convergentes no interesse da sociedade. Não há uma ideia de finalidade, de ordenação da sociedade para algo que lhe transcenda. O Direito e o Poder não são instrumentos de cooperação, mas da obtenção da paz civil e da

are the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land.” Tradução nossa. BLACKSTONE, op. cit., p. 69.

⁸⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 3ª Ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980. P. 279.

⁸⁵ WIEACKER, op. cit., p. 284-288 e 304-310; LOPES, op. cit., p. 180-182; e HESPANHA, op. cit., p. 293-297, 310-312 e 318-325.

⁸⁶ LOPES, op. cit., p. 181.

prosperidade econômica. A liberdade⁸⁷ passa a ser vista na ótica de uma esfera de proteção aos direitos individuais e à propriedade, deixando de representar a liberdade antiga, que era vista como o direito de participação na vida pública. Neste contexto, o direito de propriedade é elevado ao *status* de um direito sagrado e a junção do homem em sociedade é encarada como um contrato. É a época de gestação do liberalismo clássico⁸⁸.

O jusracionalismo teve uma profunda influência sobre a cultura jurídica europeia, tendo servido como base ideológica para as intensas mudanças sociais que se sucederam na Europa nos séculos XVII e XVIII. Conforme Franz Wieacker, “as reformas e revoluções que daí resultaram constituem talvez o maior exemplo histórico da força revolucionária de uma teoria metodológica”⁸⁹.

O século XVII, na Inglaterra, foi um século de revoluções e de guerras. Com a morte de Elizabeth I⁹⁰, em 1603, a dinastia Tudor estava encerrada, concluindo os anos de ouro da *era elizabetiana*⁹¹. O reinado de Elizabeth parece marcar, na história inglesa, o início do fortalecimento do controle da Monarquia pelo Parlamento, ao menos no aspecto das finanças públicas^{92 93}.

Entre os anos de 1603 e 1688 - ano da Revolução Gloriosa – houve, na Inglaterra, uma intensa disputa de poder entre a Monarquia e o Parlamento. Por um lado, os monarcas precisavam do Parlamento para angariar fundos e criar impostos, necessários para financiar as guerras internas e externas⁹⁴. Por outro, o Parlamento queria defender os interesses dos lordes e da *gentry* e limitar o poder real⁹⁵.

Podemos fazer um breve resumo dos principais acontecimentos deste período de 85 anos que antecederam à Revolução Gloriosa, para ilustrar o conflito político e religioso existente na Inglaterra. Neste breve período tivemos a Conspiração da Pólvora (1605), que

⁸⁷ Sobre a diferença dos conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa: BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In HARDY, H. & HAUSHEER, R. (orgs.). **Isaiah Berlin**: estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

⁸⁸ LOPES, op. cit., p. 180-181 e 188-197. HESPANHA, op. cit., p. 301-318. WIEACKER, op. cit., p. 301-315

⁸⁹ WIEACKER, op. cit., p. 311.

⁹⁰ Alguns livros nacionais traduzem o nome de Elizabeth I para Isabel I. Todavia, manteremos neste artigo os nomes originais dos monarcas ingleses, para facilitar a correlação com a bibliografia estrangeira.

⁹¹ GIORDANI, Mario Curtis. **História dos séculos XVI e XVII na Europa**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 75.

⁹² Ibidem, p. 75.

⁹³ Conforme Lawrence Stone, na era elizabetiana, “Ao menor aceno de guerra a Coroa era obrigada a pedir, de chapéu na mão, fundos ao Parlamento.” STONE, Lawrence. **Causas da Revolução Inglesa: 1529-1642**. Bauru: EDUSC, 2000, p. 120.

⁹⁴ TILLY, Charles. **As Revoluções Europeias – 1492-1992**. Lisboa: Presença, 1996, p. 170-173.

⁹⁵ Ibidem, p. 159.

resultou na tentativa frustrada de se explodir o Parlamento inglês⁹⁶; a imposição pelo Parlamento da *Petition of Right* (1628), buscando fixar um limite para o poder real⁹⁷; e também a Guerra Civil inglesa (1642-1649).

Na guerra civil, a Inglaterra se dividiu nas forças que apoiavam o Rei Charles I, apoiado pelos condados do Norte, do Oeste e da maioria dos Lordes, e as forças que lutavam ao lado do Parlamento, apoiado pelos burgueses e pequenos proprietários rurais, bem como pelos condados do Leste e do Sul⁹⁸. As forças leais ao Parlamento, lideradas por Oliver Cromwell, saíram vencedoras. Como resultado, o Rei Charles I foi julgado em nome do “povo da Inglaterra” e condenado pelo Parlamento por traição, sendo decapitado em 1649⁹⁹, pela acusação de ter violado “a constituição fundamental deste reino”¹⁰⁰.

Após a Guerra Civil, a Monarquia foi abolida na Inglaterra, dando início ao breve período republicano inglês, a República de Cromwell (1649-1658)¹⁰¹. Trata-se mais de uma ditadura comandada por Cromwell do que propriamente um período democrático¹⁰². Com a morte de Cromwell, houve a Restauração, movimento que levou ao restabelecimento da Monarquia. Essa é também a época do *Bill of Habeas Corpus* (1679), o qual determinava que qualquer pessoa detida deveria ser apresentada a um Juiz no prazo de 24 horas, limitando o poder real de realizar prisões arbitrárias¹⁰³.

Esse conjunto de diplomas legais impostos à Monarquia, como o *Petition of Right*, o *Bill of Habeas Corpus* e, mais tarde, o *Bill of Rights*, revela uma característica comum: a busca pela proteção dos direitos individuais. É razoável se supor que isso tenha sido uma influência direta do pensamento jusracionalista. Essa noção de direito subjetivo oponível ao Estado, que hoje pode nos parecer tão natural, somente se aperfeiçoou no pensamento jusracionalista¹⁰⁴. Devemos lembrar que a “premissa básica do jusnaturalismo individualista era a existência de um direito inato de cada homem ao desenvolvimento de sua

⁹⁶ GIORDANI, op. cit., p. 76.

⁹⁷ Ibidem, p. 79.

⁹⁸ Idem, p. 81.

⁹⁹ Idem, p. 83.

¹⁰⁰ STONE, op. cit., p. 102.

¹⁰¹ GIORDANI, op. cit., p. 83.

¹⁰² Ibidem, p. 84-87.

¹⁰³ Idem, p. 89.

¹⁰⁴ HESPANHA, op. cit., p. 306.

personalidade”¹⁰⁵. Assim, as lutas pela garantia de direitos individuais oponíveis ao poder soberano do Monarca parece ser uma marca do apelo revolucionário do jusracionalismo.

Esse período de intensa disputa entre o Poder Real e o Parlamento encerrou-se em 1688, com a Revolução Gloriosa. Trata-se, aqui, de um golpe de estado, articulado e legitimado pelo Parlamento. Em junho de 1688, os principais chefes protestantes convidaram o holandês William de Orange¹⁰⁶ a tomar o trono da Inglaterra. William desembarcou na Inglaterra com uma pequena força de soldados holandeses, tendo sido apoiado pelas milícias inglesas. A senha era “Parlamento livre e religião protestante”¹⁰⁷. O Rei James II acabou fugindo, o que foi prontamente considerado pelo Parlamento como uma abdicação. Desta forma, o Parlamento autorizou e legitimou a proclamação de William de Orange e de sua esposa, Mary (que era inglesa e filha do Rei James II), como Rei e Rainha. Todavia, o Parlamento impôs aos mesmos a assinatura de uma declaração de direitos limitando o poder real, o *Bill of Rights*¹⁰⁸. Era a consolidação da supremacia do Parlamento sobre o Poder Real.

É neste contexto que John Locke¹⁰⁹, que estava exilado na Holanda (1683-1688), retornou à Inglaterra¹¹⁰. Os dois tratados sobre o governo civil de Locke são publicados em 1690, ou seja, dois anos depois da Revolução Gloriosa, e serviram como base ideológica para o modelo liberal do novo governo revolucionário.

Fazemos o breve panorama acima não com a pretensão de explicar historicamente as causas e efeitos dos conflitos ingleses do século XVII, questão que renderia, por si só, toda uma monografia, mas apenas para apresentar o contexto no qual floresceu a concepção moderna de separação de poderes.

Esse era o Parlamento inglês que viria a ser conhecido por Montesquieu alguns anos depois¹¹¹. Um Parlamento que havia instaurado uma Guerra Civil contra o Poder Real; que havia julgado e decapitado um Rei; que havia deposto outro Rei e convidado um estrangeiro a assumir o seu lugar no trono; que tinha assumido a autoridade para decidir sobre a sucessão real; e que havia imposto a um candidato a Rei o reconhecimento dos direitos dos súditos

¹⁰⁵ HESPANHA, op. cit., p. 308.

¹⁰⁶ Também referido como Guilherme de Orange. Após a coroação, assumiu o nome de William III.

¹⁰⁷ GIORDANI, op. cit., p. 91-93.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 93.

¹⁰⁹ Locke é, hoje, considerado pela doutrina como o “pai” da escola filosófica do *individualismo possessivo* e um dos mais importantes pensadores do direito natural, sendo, ao lado de Hobbes, um autor emblemático do chamado *jusnaturalismo moderno* (ou jusracionalismo). LOPES, op. cit., p. 193.

¹¹⁰ GIORDANI, op. cit., p. 93.

¹¹¹ O próprio Montesquieu faz uma referência a este período histórico no capítulo III do Livro Terceiro, ao comentar sobre o princípio da democracia. MONTESQUIEU, op. cit., p. 35.

como condição para assumir o trono. Era um Parlamento influenciado pelas ideias jusracionaisistas e preocupado com a defesa dos direitos individuais, da propriedade e da liberdade, na sua concepção moderna¹¹² e liberal. Era um Parlamento que havia vencido uma disputa de 80 anos e que, triunfante, havia conseguido limitar o Poder Real e afirmado a sua supremacia.

John Locke foi o autor que deu base e legitimidade intelectual aos revolucionários de 1689, estando ideologicamente ligado a este movimento. Não causa espanto, portanto, a sua enfática defesa da limitação do Poder Real pelo Parlamento.

Mas devemos acrescentar mais um elemento nesta narrativa. Montesquieu conheceu a Inglaterra de 1728, ou seja, já passados 40 anos da Revolução Gloriosa. Os ideais liberais já faziam parte da tradição jurídica inglesa. A Inglaterra já havia sofrido um novo golpe de estado (1715), o qual havia afirmado o poder do partido *Whig* e encerrado a disputa com o partido *Tory*, de linha conservadora¹¹³. O golpe de 1715 havia colocado o Rei George I no poder, um nobre alemão da casa de Hanover, que sequer falava inglês¹¹⁴.

Simbolicamente, o golpe de 1715 teve uma importância política fundamental. O Rei governava não mais pelo direito divino, mas pela vontade do Parlamento¹¹⁵. Era um Rei que devia a sua autoridade ao poder político do Parlamento e do partido *Whig*.

A passagem de Montesquieu pela Inglaterra se deu após o golpe de 1715, no período no qual Sir Robert Walpole, Primeiro Lorde do Tesouro, exercia o governo de fato da Inglaterra, situação na qual se manteve por cerca de 20 anos¹¹⁶. Walpole era sarcasticamente chamado por seus adversários de *Prime Minister* (Primeiro-Ministro)¹¹⁷, termo este que posteriormente entrou para a tradição política como título oficial, sendo utilizado ainda hoje para designar o chefe do governo no parlamentarismo inglês.

Pois bem, o Visconde de Bolingbroke, do partido de oposição *Tory*, havia lançado uma campanha contra o “Primeiro-Ministro” Walpole no jornal *The Craftsman*, defendendo,

¹¹² Usamos o termo moderno não no sentido coloquial de “contemporâneo”, mas no seu sentido técnico, ou seja, para expressar o período específico da História ocidental compreendido entre a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, em 1453, e a revolução francesa, em 1789.

¹¹³ CHURCHILL, Winston S. **História dos Povos de Língua Inglesa**, vol. III: A Era da Revolução. São Paulo: Ibrasa, 1960. p. 96-97.

¹¹⁴ Ibidem, p. 95.

¹¹⁵ Idem, p. 97.

¹¹⁶ Walpole governou a Inglaterra de 1721 a 1741.

¹¹⁷ CHURCHILL, op. cit., p. 106.

em 1730, a separação de poderes como forma de se limitar o poder de Walpole¹¹⁸. Sabe-se que estes textos foram lidos por Montesquieu, razão pela qual se atribui a Bolingbroke a fonte direta das ideias de separação de poder de Montesquieu em *Do Espírito das Leis*¹¹⁹.

Podemos entender a admiração de Montesquieu pelo sistema político inglês do início do século XVIII. Era um país cujo poder político era centrado no Parlamento e na Aristocracia e onde o poder dos monarcas era limitado. Era uma realidade bem diferente da França conhecida por ele. Louis XIV, o Rei-Sol, verdadeiro símbolo dos monarcas absolutistas, havia falecido há poucos anos (1715)¹²⁰. Até a morte de Louis XIV, vigia na França uma monarquia absolutista, sendo atribuídos ao Rei poderes quase divinos¹²¹. Os Estados Gerais não eram convocados há mais de um século, tendo se reunido pela última vez em 1614¹²².

Seu sucessor, Louis XV, rei francês à época do *Do Espírito das Leis*, já começava a enfrentar uma reação aristocrática, ainda que limitada¹²³. Entre 1726 a 1745, o Cardeal Fleury estava à frente do governo francês como governante de fato, nos mesmos moldes que o Cardeal Richelieu havia feito no século anterior. Mas Fleury, diferentemente de Robert Walpole, comandava o governo mais pelo desinteresse de Louis XV pelos aspectos burocráticos da Administração do que por uma limitação imposta à Monarquia francesa.

Com a morte de Fleury, em 1745, ou seja, três anos antes da publicação do *Do Espírito das Leis*, o Rei Louis XV voltou a concentrar em si os poderes do Estado, ainda que sua autoridade fosse rivalizada pelo poder da aristocracia, a qual operava uma considerável parte da máquina burocrática. Todavia, não havia na França uma instituição tão poderosa quanto o Parlamento inglês. A aristocracia francesa ainda não havia derrubado Reis, como havia ocorrido na Inglaterra. A França não havia passado por uma guerra civil entre o Rei e o Parlamento, não havia sofrido golpes de estado ou mesmo passado por uma revolução. A Revolução Francesa somente viria a acontecer algumas décadas após a publicação do *Do Espírito das Leis*. A monarquia francesa, comparativamente com a realidade inglesa, vivia um

¹¹⁸ GOUGH, op. cit., p. 224-225.

¹¹⁹ DIDIEU, Joseph. As Idéias Políticas e Morais de Montesquieu in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 323-324; e GOUGH, op. cit., p. 225.

¹²⁰ GRESPAN, op. cit., p. 76.

¹²¹ RUDÉ, Georges. **A Europa no Século XVIII**. Lisboa: Gradiva, 1988, p. 141.

¹²² GRESPAN, op. cit., p. 79.

¹²³ RUDÉ, op. cit., p. 141-142.

período de relativa calma e de estabilidade política, possuindo um poder político incomparavelmente superior.

Também na França o jusracionalismo influenciou o processo de formação do Estado moderno, ainda que esta influência tenha sido mais tardia. O jusracionalismo teve grande impacto no modo de pensar das camadas sociais que buscavam se opor ao absolutismo real¹²⁴, tendo tais noções sido introduzidas no pensamento francês possivelmente pelas mãos de autores ingleses como Hobbes e Locke. “A ideologia do jusnaturalismo originou aqui, desde cedo, uma paixão burguesa pela liberdade”¹²⁵. Todavia, sua influência política ocorreu com algum atraso em relação à Inglaterra, somente tendo repercussão real no Estado francês já no final do século XVIII, ou seja, depois da publicação de *Do Espírito das Leis*. De qualquer forma, o jusracionalismo inglês serviu como ponto de partida para a formação do liberalismo francês, tendo influenciado diretamente o pensamento de Montesquieu¹²⁶.

Não pretendemos neste breve trabalho, como já afirmamos, analisar todas as causas dos conflitos ingleses e franceses nos séculos XVII e XVIII, ou mesmo todas as suas consequências. Basta, para a presente análise, situarmos o autor e a sua obra dentro do devido momento histórico. O que pretendemos demonstrar é que *Do Espírito das Leis* foi escrito num momento no qual ainda se buscavam ferramentas jurídicas e políticas aptas a conter a tirania e o absolutismo dos monarcas e reafirmar o poder da nobreza e da aristocracia.

Pois bem, este era o contexto no qual Montesquieu escreveu *Do Espírito das Leis*. Ele vivia numa França de monarcas absolutistas, os quais enfrentavam uma crescente resistência da aristocracia francesa. Ele observava essa realidade tendo conhecido o sistema político da Inglaterra posterior à Revolução Gloriosa, sob a influência da ideologia de Locke, dos autores liberais e do jusracionalismo individualista. É razoável se supor que Montesquieu tenha visto no Parlamento inglês um modelo alternativo para a limitação do poder da Monarquia¹²⁷. Todavia, como veremos, isto não implicou numa completa ruptura de Montesquieu com o modelo vigente.

O perigo está em tentarmos transpor diretamente as ideias de Montesquieu para outros contextos históricos bastante diversos, imaginando que Montesquieu tenha descrito a

¹²⁴ WIEACKER, op. cit., p. 312.

¹²⁵ Ibidem, p. 312-313.

¹²⁶ Idem, p. 312-313.

¹²⁷ Didieu aponta que Montesquieu, no Livro XI, teria feito uma imagem idealizada da monarquia inglesa, em contraposição à monarquia francesa, que sofria com as tendências ao despotismo e a ameaça de decadência. DIDIEU, op. cit., p. 305.

separação de poderes pensando em um governo democrático presidencialista contemporâneo. Contextualizando *Do Espírito das Leis* em seu devido momento histórico, fica mais fácil se compreender o seu sentido original, como faremos a seguir.

2.4. Separação de Poder e Liberdade Política em Montesquieu

Para entendermos a obra de Montesquieu, temos que estabelecer uma premissa inicial. *Do Espírito das Leis* provavelmente não busca apresentar uma única forma correta e ideal de Estado, nem propõe um tipo de Estado utópico. Montesquieu analisa, na verdade, os diversos tipos de governo possíveis, apresentando suas vantagens e inconvenientes dentro de cada contexto¹²⁸. As Leis estão relacionadas com a individualidade de cada povo¹²⁹. A Lei pode ser boa em um momento e ruim em outro; para se emitir um julgamento, deve-se situá-la num determinado contexto¹³⁰.

Para melhor entendermos esta questão, devemos ter em mente a provável influência do jusracionalismo no trabalho de Montesquieu. *Do Espírito das Leis* não representa um projeto coletivo de formação de uma sociedade. Trata-se de um trabalho que tem as características do jusracionalismo individual: sua preocupação é com a defesa dos direitos subjetivos e com a garantia da defesa da liberdade, na sua concepção liberal moderna, ou seja, de proteção da esfera individual privada. O Estado de Montesquieu não tem uma finalidade legitimadora que transcenda aos indivíduos. O Estado existe tão somente para garantir a cada um a satisfação de seus direitos¹³¹.

Outra marca jusracionalista no trabalho de Montesquieu é o uso da *razão instrumental*, em substituição à *razão prática*. A razão instrumental conhece dos meios, não dos fins. Assim, para se atingir um determinado fim já posto, a razão instrumental busca identificar o meio mais adequado. A razão instrumental, todavia, não se preocupa com a finalidade das coisas, questão esta relacionada à razão prática. A razão prática, conhecida dos autores clássicos e desprestigiada pelos jusracionalistas, buscava discutir e deliberar sobre o fim a ser atingido. Para o jusracionalismo, os fins são indefinidos, irracionais, e, portanto, não são objeto do estudo científico¹³². A racionalidade é expressa pela adequação entre o meio e o fim

¹²⁸ DIDIEU, op. cit., p. 305-307.

¹²⁹ GROETHYSEN, Bernard. Montesquieu: A Razão Construtiva. in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 343-344.

¹³⁰ Ibidem, p. 351.

¹³¹ Sobre jusracionalismo individualista: HESPANHA, op. cit., p. 301-310.

¹³² Sobre o uso da razão instrumental pelos jusracionalistas. LOPES, op. cit., p. 180-181.

que se busca atingir¹³³. Contudo, se o fim escolhido é ou não o melhor, esta questão escapa ao estudo dos jusracionalistas.

Montesquieu, como os jusracionalistas, não prescreve o fim que deve ser atingido pelo Estado e pela sociedade. Apenas aponta por quais meios pode-se atingir quais fins. Assim, por exemplo, afirma que para se ter maior liberdade política os poderes devem estar separados¹³⁴. Todavia, ele não afirma que o Estado deva procurar ter a maior liberdade política. Se o Estado deve, ou não, buscar a liberdade política é algo que escapa ao pensamento científico jusracionalista.

Pois bem, feitas estas considerações iniciais, verificamos que para efetuar sua análise, Montesquieu dividiu didaticamente os governos em três espécies: o governo republicano, que é aquele no qual o povo exerce o poder soberano; o monárquico, onde só um governa conforme leis fixas e estabelecidas; e o despótico, onde só um indivíduo governa conforme sua vontade e caprichos¹³⁵. A república, por sua vez, seria dividida em democracia - quando o poder soberano está nas mãos do corpo do povo - e em aristocracia, quando este está nas mãos de parte do povo¹³⁶.

Para Montesquieu, em geral a Monarquia seria mais vantajosa do que o governo Republicano e o governo Despótico¹³⁷. Explique-se que a Monarquia referida por Montesquieu era uma Monarquia constitucional, onde o Rei estaria submetido às leis fundamentais do Estado, não uma Monarquia absolutista, a qual se enquadraria na sua definição de um governo despótico¹³⁸.

Todavia, a Monarquia não serviria para todos os Estados. O tipo de governo dependeria, entre outros fatores, do tamanho do Estado. A república seria o governo natural

¹³³ O termo racionalidade instrumental, também referido por racionalidade de propósito (*Zweckrationalität*), foi usado por Max Weber no sentido de uma racionalidade entre meio e fim. Ela se diferencia da racionalidade-valor, que é um modo teológico de pensamento determinado por um conjunto enraizado de crenças que são escolhidas independentemente das suas consequências. WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**, 7ª Ed. Pioneira: São Paulo, 1992. p. 3-32 e 131-132. CARROLL, Anthony J. Disenchantment, Rationality and the Modernity of Max Weber. **Forum Philosophicum: International Journal for Philosophy**, mar. 2001. p. 117-137.

¹³⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p. 166. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹³⁵ Ibidem, Livro Segundo, Cap. I.

¹³⁶ Idem, p. 23. Livro Segundo, Cap. I.

¹³⁷ Idem, p. 69-71. Livro Quinto, capítulos X, XI e XII.

¹³⁸ O despotismo se diferenciaria da monarquia por ser um governo sem leis e sem direitos estabelecidos, sendo um regime deixado ao arbítrio. KRITSCH, Raquel. Elementos da Política e da Teoria do Estado em *De o Espírito das Leis* de Montesquieu. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 117, fev. 2011, p. 23-31.

para os Estados pequenos, a monarquia para os Estados medianos e o despotismo para os grandes impérios:

Se a propriedade natural dos pequenos Estados é a de serem eles governados pela república, a dos medianos, a de serem submetidos a um monarca, a dos grandes impérios, serem dominados por um déspota, segue-se que para que se mantenham os princípios do governo estabelecido, é necessário manter o Estado na grandeza que ele já possuía; e que esse Estado mude de espírito à medida que forem diminuídos ou ampliados em seus limites¹³⁹.

Esta é a estrutura básica do *Do Espírito das Leis*. Apesar de apresentar várias vantagens da Monarquia constitucional, há um relativismo em Montesquieu¹⁴⁰, o qual admite, em determinados contextos, até mesmo o uso de um governo despótico.

Compreendendo esta estrutura da obra de Montesquieu, verificamos que seria provavelmente um equívoco entendermos que, ao descrever a separação entre os poderes existente na constituição da Inglaterra, Montesquieu estaria apresentando uma fórmula ideal de governo, a ser observada por todos os Estados. Exploraremos esta ideia a seguir.

A obra de Montesquieu, todavia, ganhou vida própria. Durante a Revolução Francesa, houve uma apropriação das ideias de Montesquieu¹⁴¹. Aquilo que antes, era relativo, foi transformado em certeza e dogma. Assim, por ocasião da Revolução, *Do Espírito das Leis* foi alçado a um livro de normas a serem seguidas para um Estado livre¹⁴², esquecendo-se do seu sentido original, qual seja, de uma obra que não se propunha a ter um único modelo ideal.

Primeiramente, tentaremos entender o sentido original da obra, para depois voltarmos à questão da sua apropriação. Inicialmente, devemos localizar a célebre passagem sobre separação de poderes, contida no capítulo sobre a constituição da Inglaterra. Esta passagem faz parte do livro décimo primeiro de *Do Espírito das Leis*, livro este que trata da liberdade política e das distinções das leis quanto a sua relação com a constituição. Este cuidado é importante, pois, como veremos, para Montesquieu, a separação de poderes estava ligada à liberdade política.

A liberdade, para Montesquieu, é a liberdade da Lei. Não é a capacidade de fazer tudo o que se quer, mas, sim, “o direito de fazer tudo o que as leis facultam”¹⁴³. A liberdade, todavia, somente seria possível quando o governo não abusasse do poder. Para Montesquieu,

¹³⁹ Montesquieu, op. cit., p. 138. Livro Oitavo, Cap. XX.

¹⁴⁰ GROETHYSEN, op. cit., p. 347-348.

¹⁴¹ Ibidem., p. 353-356.

¹⁴² Idem, p. 356.

¹⁴³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 164. Livro Décimo Primeiro, Cap. III.

para evitar o abuso e garantir a liberdade, é necessário que “o poder contenha o poder”¹⁴⁴. Logo, para que se tenha liberdade política, “cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão”¹⁴⁵. Neste contexto, Montesquieu vê na constituição da Inglaterra um modelo político para se assegurar esta liberdade^{146 147}.

O autor aponta que há, em cada Estado, três espécies de poder: o poder legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o poder de julgar¹⁴⁸. A liberdade política seria maior quando estes três poderes não estivessem reunidos nas mãos de uma só pessoa ou órgão¹⁴⁹. Assim, a repartição destes poderes em três órgãos distintos asseguraria o máximo de liberdade política.

Segundo Montesquieu, na maioria dos reinos da Europa (da primeira metade do século XVII), o governo seria moderado, pois o soberano reunia o poder de legislar e executar, deixando aos súditos o exercício do poder de julgar¹⁵⁰. Este não seria, todavia, o caso da Inglaterra, onde, na percepção de Montesquieu, o governante dividia o poder com o Parlamento, o que asseguraria o máximo de liberdade.

No governo despótico, por sua vez, os três poderes estariam reunidos na figura do governante. Nestes, a liberdade seria menor do que na Monarquia.

Aqui, temos, talvez, o primeiro problema na leitura e interpretação de Montesquieu. No pensamento contemporâneo e no senso comum, a liberdade está associada a valores positivos. Logo, seria sedutor depreender-se que o modelo político que assegura a maior liberdade possível seria, para Montesquieu, o modelo ideal. Passar-se-ia desta forma a supor, como fizeram os revolucionários franceses e os federalistas americanos¹⁵¹, que Montesquieu

¹⁴⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p. 165. Livro Décimo Primeiro, Cap. IV.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 166. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁴⁶ Idem, p. 165. Livro Décimo Primeiro, Cap. V.

¹⁴⁷ Há controvérsia na doutrina se o termo liberdade política, usado por Montesquieu, seria a liberdade clássica (positiva) ou a liberdade moderna (negativa). Apesar de Montesquieu usar a expressão “liberdade política”, que remeteria à liberdade clássica, e expressar que a liberdade seria dentro dos limites da Lei, concordamos com Enrique Aguilar que o conceito de liberdade de Montesquieu parece se aproximar mais do conceito de liberdade na sua concepção liberal, ou seja, de proteção da liberdade individual, do que o conceito clássico de liberdade, compreendido como a capacidade de participação na vontade política do Estado. AGUILAR, Enrique. A Liberdade Política em Montesquieu: seu Significado. In BORON, Atílio A. **Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania**, 1ª Ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006; BERLIN, op. cit.; CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos. Revista **Filosofia Política**, nº 2, 1985.

¹⁴⁸ MONTESQUIEU, op. cit., p. 165. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 166. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁵⁰ Idem, p. 166. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁵¹ Montesquieu foi citado nos números 9, 43, 47 de “O Federalista”. Na edição nº 47, Madison chega a se referir a Montesquieu como sendo um “oráculo”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. **The**

tivesse defendido que o modelo de repartição de poderes seria um modelo a ser usado por todos os Estados. Ocorre que, como já vimos, os conceitos de Montesquieu não são escritos em preto e branco; na verdade, suas ideias circulam por diversos tons de cinza.

A liberdade, para Montesquieu, não é um valor absoluto e, sim, relativo, admitindo gradações. A Monarquia da Inglaterra seria aonde haveria a maior liberdade; as demais monarquias, referidas como as “monarquias que conhecemos”, no qual se imagina estivesse incluída a monarquia francesa, gozariam de liberdade moderada. O seguinte trecho é bastante significativo para entendermos o relativismo de Montesquieu:

Não compete a mim examinar se atualmente os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É suficiente para mim dizer que ela é estabelecida pelas leis, e não procuro saber nada mais.

Não estou querendo com isso depreciar os outros governos, nem tampouco dizer que essa extrema liberdade política deve mortificar aqueles que têm uma liberdade moderada. Como poderia afirmar isso, **eu que acredito que o excesso, mesmo o da razão, nem sempre é desejável, e que os homens, quase sempre, acomodam-se melhor nos meios que nos extremos?**¹⁵²

A repartição total das três espécies de função seria a liberdade extrema. A reunião de duas funções em um mesmo poder seria a característica dos governos moderados. Assim, a leitura do texto acima nos faz pensar que provavelmente Montesquieu não defendesse propriamente uma repartição completa das funções – posição esta que geraria uma liberdade política extremada - e, sim, uma posição mais moderada¹⁵³.

Ademais, para Montesquieu, seria possível assegurar a felicidade do povo mesmo em uma monarquia que não tivesse como objetivo a liberdade:

As monarquias que conhecemos não possuem, como aquela da qual acabamos de falar, a liberdade como seu objetivo direto; elas têm em vista apenas a glória dos cidadãos, do Estado e do príncipe. Mas, **dessa glória, resulta um espírito de liberdade que, nesses Estados, poderá também construir coisas grandiosas, e talvez contribuir tanto para a felicidade quanto a própria liberdade.**

Os três poderes não são, nessas monarquias, distribuídos e baseados no modelo da constituição da qual falamos. Cada qual tem uma distribuição particular, segundo a qual eles se aproximam mais ou menos da liberdade

Federalist Papers. *E-Book*. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/ebooks/18>>. Acesso em 15 nov. 2011.

¹⁵² MONTESQUIEU, op. cit., p. 175. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI. Grifos nossos.

¹⁵³ GOUGH, op. cit., p. 221.

política; e, se dela não se aproximassem, a monarquia degeneraria em despotismo.¹⁵⁴

A liberdade extrema seria, para Montesquieu, tão perigosa quanto a servidão: “[o] lugar natural da virtude é ao lado da liberdade; porém, ela não se encontra mais junto da liberdade extrema do que da servidão”¹⁵⁵.

Verificamos, portanto, que Montesquieu provavelmente não propôs uma completa ruptura do regime monárquico, nem mesmo na monarquia francesa, que, como vimos, ainda tinha contornos de uma monarquia absolutista. Apesar de apontar que a liberdade política da Inglaterra seria maior do que a das demais monarquias, Montesquieu admitia graus maiores ou menores de liberdade política, apontando ainda que seria possível a construção de coisas grandiosas e a garantia da felicidade do povo mesmo num governo com menor liberdade política. Seu único alerta dizia respeito ao risco dessa liberdade ser diminuída em tal grau que o governo se tornasse despótico.

Uma segunda questão é que para Montesquieu, as três funções (*puissances*) – executar, legislar e julgar – não eram exatamente identificadas com os três órgãos de poder do Estado (*pouvoir*) – o executivo, legislativo e judiciário, como se fossem três funções distintas e separadas. Na verdade, o pensamento de Montesquieu era exatamente o contrário: o exercício de cada função (*puissance*) deveria ser dividido em mais de um órgão, os quais somente se movimentariam pelo consenso; sem o consenso, haveria a inação^{156 157}.

Para citarmos apenas alguns exemplos trazidos pelo próprio Montesquieu, a *puissance* de legislar era dividida em câmara alta, câmara baixa e no próprio executivo, o qual teria o poder de veto¹⁵⁸. Diga-se de passagem, para Montesquieu esse veto seria insuperável. A *puissance* de julgar também era dividida com o Parlamento, o qual, atuando como um tribunal necessário, uma corte de apelação, poderia moderar o rigor da lei num caso concreto¹⁵⁹.

Assim, o ponto central da obra de Montesquieu não era a separação completa das três funções, *puissances*, em três órgãos distintos, cada qual com sua própria função autônoma e

¹⁵⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p. 175-176. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI. Grifos nossos.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 126. Livro Oitavo, Cap. III.

¹⁵⁶ Idem, op. cit., p. 173. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁵⁷ A construção da liberdade política seria conseguida, portanto, pela criação de um equilíbrio entre os poderes. KRITSCH, op. cit., p. 24-25.

¹⁵⁸ MONTESQUIEU, p. 173. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 172. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

independente, mas, sim, no compartilhamento do poder por diversos órgãos, os quais poderiam se limitar mutuamente¹⁶⁰.

Esta peculiaridade foi, inclusive, anotada por James Madison, no número 47 de *O Federalista*. Madison apontou que a separação de poderes de Montesquieu não implicaria numa completa separação dos poderes do Estado¹⁶¹. Ao contrário, como defendeu na edição seguinte de *O Federalista*, a única forma de se garantir um governo livre era se cada um dos poderes do Estado estivesse suficientemente conectado aos demais, de forma a permitir que cada poder pudesse controlar os outros dois¹⁶².

Esta, todavia, não era uma posição pacífica entre os revolucionários norte-americanos. Uma corrente dentro do movimento, designada como antifederalista, defendia uma doutrina pura de separação dos poderes, rejeitando o sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos) dos federalistas¹⁶³. Essa corrente criticava a Constituição Norte-Americana de 1787 justamente por não conter uma regra expressa de separação dos poderes¹⁶⁴. De fato, algumas das Constituições dos Estados Federados, com a de Maryland e a da Virgínia, continham cláusulas expressas de que os Poderes deveriam ser separados e distintos¹⁶⁵. A Constituição Norte-Americana, por sua vez, nunca conteve uma regra expressa de separação dos poderes, tendo optado por um sistema de *checks and balances*, como defendiam Madison e Hamilton.

Verificamos, portanto, que a teoria pura da separação dos poderes, ou seja, a que defende que as três funções do Estado, de executar, de legislar e de julgar, deveriam ser mantidas totalmente separadas, em órgãos distintos e independentes, não tem relação com a obra de Montesquieu e Locke. Trata-se, sim, de um movimento dentro dos revolucionários norte-americanos, chamado de antifederalista, que contestava o texto da Constituição de 1787 e pretendia afastar o sistema de freios e contrapesos e introduzir uma regra de separação total

¹⁶⁰ Esse sistema corresponde ao sistema que os autores norte-americanos posteriormente nomeariam como *checks and balances*. KRITSCH, op. cit., p. 25-26.

¹⁶¹ MADISON, James. The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts. Federalist n. 47. Edição de 1º Fev. 1788. In HAMILTON; JAY e MADISON, op. cit., nº 47.

¹⁶² MADISON, James. These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other. Federalist n. 48. Edição de 1º Fev. 1788. In HAMILTON; JAY e MADISON, op. cit., op. cit., nº 48.

¹⁶³ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. **A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. Dissertação de Mestrado. Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Julho de 2006. p. 47-49.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁶⁵ HAMILTON; JAY e MADISON, op. cit., nº 47.

dos poderes estatais, a exemplo das constituições de Maryland e de Virgínia. Essa doutrina, todavia, não foi positivada na Carta Constitucional norte-americana.

2.5. A Questão da Adaptação de Montesquieu aos Problemas Contemporâneos

Após termos abordado, ainda que de forma sintética, os principais pontos da separação tripartite de poder descrita por Montesquieu, e sabendo o contexto histórico e político de suas observações, cabe-nos agora abordar os principais problemas de algumas apropriações que comumente se faz de Montesquieu para solução de problemas contemporâneos. Como já comentamos, há uma tendência de uso de Montesquieu como forma de legitimação de determinado discurso jurídico, sem uma reflexão mais crítica quanto aos contextos específicos, ou mesmo sem se preocupar em verificar o real sentido de determinada obra ou autor.

2.5.1. O Equívoco do Uso da Separação de Poderes como Independência dos Poderes

Uma afirmação do senso comum é atribuir a Montesquieu a defesa da independência dos poderes, no sentido de que um determinado poder não poderia intervir no outro¹⁶⁶. Nada mais distante da fórmula prevista no *Do Espírito das Leis*. Como comentamos, para Montesquieu a garantia da liberdade exigiria que um poder contivesse outro poder. Ou seja, cada um dos poderes deveria limitar a atuação dos outros dois. A separação de poder tem o sentido de repartição do poder do Estado em pessoas e órgãos distintos¹⁶⁷; um governo com maior liberdade deveria evitar que um único indivíduo ou órgão concentrasse todos os três poderes do Estado. Isto não implicaria dizer que cada poder devesse atuar separado, de forma independente, sem a intervenção dos demais¹⁶⁸.

Na verdade, Montesquieu previu regras muito claras de intervenção de um poder no outro, particularmente ao descrever o relacionamento entre o Executivo e o Legislativo. O Legislativo seria dividido em dois corpos, um representante da nobreza, outro do povo. Estes

¹⁶⁶ P. ex: “[...] de acordo com o princípio da separação dos poderes, formulado por Montesquieu [...] os poderes se deviam respeitar mutuamente, não interferindo nas competências uns dos outros.” HESPANHA, op. cit., p. 348.

¹⁶⁷ DURKHEIM, Émile. Como Montesquieu Classifica as Sociedades por Tipos e por Espécies in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 285.

¹⁶⁸ VERNIÈRE, Paul. Dois Planos e Duas Leituras in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394-395.

três órgãos – executivo, câmara dos nobres e parlamento popular - teriam a faculdade de impedirem mutuamente a sua atuação¹⁶⁹, limitando o poder do Estado:

Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo.¹⁷⁰

Também o Judiciário sofreria certa dose de intervenção, na medida em que a Câmara dos Lordes (Câmara Alta), como apontamos, atuaria como uma corte suprema¹⁷¹.

A separação dos poderes implicava numa repartição de poderes entre a monarquia, a aristocracia e o povo. O executivo seria conduzido pela monarquia. O legislativo era dividido entre a aristocracia (Câmara Alta) e o povo (Câmara Baixa), que poderiam se paralisar mutuamente. E o Judiciário seria contido pela aristocracia, tanto pela instância apelatória, como pelo julgamento apartado dos nobres, que seria feito somente pela Câmara Alta¹⁷², além do julgamento por um Corpo de Jurados sorteados entre o povo, “como em Atenas”¹⁷³. Era um arranjo político que reunia, num mesmo governo, características da monarquia, da aristocracia e da democracia¹⁷⁴. Esclareça-se que era um lugar-comum do século XVII descrever-se o governo inglês como uma monarquia mista, interpretando-se a constituição inglesa como uma mistura de monarquia, aristocracia e de democracia¹⁷⁵.

É razoável se supor que este arranjo realmente asseguraria uma maior liberdade em face de um Estado absolutista. Como os poderes e as diversas classes poderiam se paralisar mutuamente, essa configuração garantiria que a atuação do Estado somente aconteceria nos casos em que houvesse consenso. Sem consenso, haveria a inação, ou seja, a não intervenção do Estado, mantendo-se a liberdade individual. É um arranjo pensado para limitar a atuação de um Estado absolutista¹⁷⁶, como era a monarquia francesa do século XVIII; todavia, não é um arranjo adequado para um Estado que necessite intervir rapidamente na economia, garantir

¹⁶⁹ No mesmo sentido, AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 53-68.

¹⁷⁰ MONTESQUIEU, op. cit., p. 173. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁷¹ GOUGH, op. cit., p. 221.

¹⁷² Ibidem, p. 221.

¹⁷³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 173. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI. A expressão “como em Atenas” é trazida pelo próprio Montesquieu, em nota de rodapé.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 173. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁷⁵ GOUGH, op. cit., p. 226.

¹⁷⁶ AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 53-68.

prestações positivas ou assegurar direitos sociais e coletivos, particularmente em assunto nos quais a obtenção de um amplo consenso seja tormentosa.

Portanto, a separação de poder, para Montesquieu, implica em se dividir o poder entre diversas pessoas e órgãos, possibilitando que uns possam conter o poder do outro, como forma de se garantir a liberdade política. Todavia, Montesquieu não defendeu que os poderes fossem independentes uns dos outros, ou que determinada *puissance* fosse exclusiva de um determinado órgão.

2.5.2. Projeção de Problemas de Relacionamento entre Executivo e Judiciário

Outra imprecisão é buscar-se diretamente em Montesquieu a solução para problemas contemporâneos de relacionamento entre o Judiciário e o Executivo. Esta questão não é uma questão central nem no pensamento de John Locke, nem no de Montesquieu. No século XVIII, o direito público ainda não estava desenvolvido, havendo um elevado grau de fluidez em relação aos limites legais do poder do soberano¹⁷⁷. Mesmo liberais como Adam Smith entendiam que o poder público, quando se dirigia à satisfação do bem público, dificilmente era limitável¹⁷⁸. Assim, como regra, tais questões não eram objeto de maiores questionamentos por parte dos Tribunais. Desta forma, não é difícil concluirmos que o problema da ingerência do Judiciário nas atividades do Executivo não era um tema relevante na Europa do século XVIII.

Segundo Montesquieu, “Dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo”¹⁷⁹. A maior preocupação de Montesquieu era detalhar a repartição de poderes entre Executivo e Legislativo. E, considerando as disputas entre Parlamento e Monarquia que já comentamos acima, é fácil se verificar que esta era a grande questão do século XVIII. Reconhecemos que já nessa época havia, na Europa, uma preocupação em relação ao “arbítrio dos juízes” e uma desconfiança em relação aos Tribunais, considerados como a nobreza de toga. Todavia, as discussões na França do séc. XVIII diziam respeito à obscuridade da interpretação da legislação pelos juízes, ou mesmo da deliberada não aplicação das

¹⁷⁷ HESPANHA, op. cit., p. 328-329.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 328-329.

¹⁷⁹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 169. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

ordonnances emitidas pelo Rei¹⁸⁰. A questão não era, portanto, de intromissão dos juízes da atividade do Executivo, mas sim, de interferência na atividade legislativa¹⁸¹.

Mas por que o Judiciário seria um poder nulo para Montesquieu? Primeiro, por que para ele o julgamento deveria se restringir, tão somente, à mera aplicação do texto da Lei:

[...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos.¹⁸²

Ora, se os julgamentos nada mais são do que a simples reprodução do texto da Lei, bastaria limitar o poder do Legislativo, pois o Judiciário seria limitado em si mesmo. Além disso, o poder de julgar não deveria ser dado a um órgão permanente, mas, sim, ser exercido por pessoas extraídas do povo¹⁸³, ou seja, por um corpo de jurados. Não sendo o poder de julgar vinculado a uma certa profissão ou situação, ele seria “invisível e nulo”¹⁸⁴.

Esta premissa básica de Locke e de Montesquieu, de que o julgamento seria feito pelo povo, não é aplicável à realidade brasileira contemporânea, pois o Júri, entre nós, é a exceção, não a regra. O Judiciário de hoje é um corpo permanente e profissional, muito diferente do existente à época de Montesquieu. Basta, para ilustrar, informar que na França do século XVIII se aplicava a *venalidade* aos cargos de magistrado, ou seja, podia-se comprar e vender o título de Juiz¹⁸⁵. O próprio Montesquieu herdou o cargo de *Président à mortier* do Parlamento de Bordeaux do seu tio, função esta que, à época, equivalia ao cargo de Juiz, tendo posteriormente vendido o título pouco antes de ir para a Inglaterra¹⁸⁶.

Por outro lado, o Judiciário contemporâneo há muito não se limita à simples aplicação mecânica do texto da lei, não sendo incomum que julgamentos judiciais reflitam as opiniões particulares e políticas do julgador, inclusive de forma explícita. Tampouco podemos caracterizar o Judiciário de hoje como um poder nulo e invisível, como fazia Montesquieu. Assim, são duas realidades tão distintas que escapam à possibilidade de comparação.

¹⁸⁰ Na França do Antigo Regime, o Rei também exercia um papel legislativo, emitindo Leis chamadas de *ordonnances*. Essas *ordonnances* deveriam ser registradas pelos Tribunais (que, na França, eram chamados de Parlamentos). Os juízes, todavia, tinham independência em relação ao Rei e podiam devolver a Lei sem registrá-la, indicando as razões no texto da *remontrance*. LOPES, op. cit., p. 258.

¹⁸¹ HESPANHA, op. cit., p. 332-336; e LOPES, op. cit., p. 258-259.

¹⁸² MONTESQUIEU, op. cit., p. 167-168. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁸³ Ibidem, p. 167. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁸⁴ Idem, p. 167. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁸⁵ LOPES, op. cit., p. 255 e 258.

¹⁸⁶ RICHTER, op. cit., p. 7-9. STAROBINSKI, op. cit., p. 22.

Considerando que Montesquieu trabalha sobre uma premissa que não mais se sustenta nos dias de hoje, mostra-se difícil buscar em *Do Espírito das Leis* a resposta para problemas contemporâneos do relacionamento do Judiciário com os demais poderes.

2.5.3. Interpretação de Montesquieu Fora do seu Contexto Social, Político e Cultural

Uma última dificuldade de trazermos o pensamento de Montesquieu para a contemporaneidade é o abismo cultural de mais de 2 séculos que nos separa. Assim, é equivocado interpretar-se Montesquieu como se *Do Espírito das Leis* tivesse sido escrito para uma democracia contemporânea, ignorando-se as profundas diferenças de realidades e de valores.

O problema que se coloca é o da *falsa continuidade*, ou seja, o de uma percepção equivocada de que a continuidade no uso da palavra está relacionada à continuidade histórica na sua prática e nos costumes a ela associados¹⁸⁷. Como vimos, não é incomum a referência à teoria da separação de poderes como se o conceito hoje usado correspondesse perfeitamente à prática da separação de poderes da Europa do século XVIII. “[A] continuidade do uso da palavra pode esconder a descontinuidade das práticas”¹⁸⁸. Para escaparmos de uma história legitimadora do *status quo*, temos que considerar essas diferenças de contextos¹⁸⁹.

Montesquieu não era um democrata, na concepção contemporânea do termo. Era um membro da aristocracia, que tinha restrições quanto ao excesso de igualdade, a qual poderia, na sua visão, causar a “corrupção do povo”¹⁹⁰. Quanto à participação popular:

A grande vantagem dos representantes é que estes são capazes de discutir as questões públicas. O povo não é, de modo algum, apto para isso, fato que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.¹⁹¹

Ele defendia que os nobres tivessem uma participação política maior, apontando que não poderiam ter um voto com o mesmo peso do resto do povo¹⁹². Tampouco admitia que as pessoas sem patrimônio, em “estado de baixeza”, votassem¹⁹³.

Para um leitor contemporâneo, algumas das observações de Montesquieu podem soar estranhas e gerar perplexidade, ou mesmo indignação¹⁹⁴. Por exemplo, ele afirmava que as

¹⁸⁷ LOPES, op. cit., p. 20.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 21.

¹⁸⁹ Idem, p. 20-21.

¹⁹⁰ MONTESQUIEU, op. cit., p. 127. Livro Oitavo, Cap. IV.

¹⁹¹ Ibidem. 168. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁹² Idem, p. 169. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

¹⁹³ Idem, p. 169. Livro Décimo Primeiro, Cap. VI.

mulheres que se entregassem à “prostituição pública” não deveriam poder criar seus filhos¹⁹⁵; que as moças “têm um espírito que não ousa pensar” e “que não se apresentam senão para se mostrar estúpidas”^{196 197}; que se exagerava a injustiça da escravidão dos negros, pois seria “impossível supormos que essas criaturas sejam homens” e que seria incompreensível que Deus “tenha posto uma alma, sobretudo uma alma boa, em um corpo inteiramente negro”¹⁹⁸; e que o clima forja o caráter do homem e, portanto, “os povos dos países quentes são tímidos tal qual os anciãos; os dos países frios são corajosos tal qual os jovens”¹⁹⁹.

A perplexidade existe por acharmos que estamos lendo o Montesquieu-mito, esquecendo que estamos, na verdade, lendo a obra de um jurista aristocrático francês do século XVIII. Trata-se de uma obra escrita no Antigo Regime. Montesquieu não viu a Revolução Francesa, a segunda Revolução Industrial, o Presidencialismo, a abolição da escravidão, o Estado de Bem-Estar Social, o sufrágio universal, os movimentos feministas ou a Globalização. Temos que ter isto em mente, para que possamos fazer uma leitura honesta dos seus textos.

Sem dúvida, *Do Espírito das Leis* é uma obra relevante para a formação do pensamento político moderno, tendo popularizado um sistema de tripartição de poderes reproduzido por diversas democracias ocidentais contemporâneas. Todavia, não podemos elevar este sistema a uma categoria de dogma indiscutível.

Montesquieu redigiu sua obra tendo em mente a experiência empírica²⁰⁰, as suas observações do sistema político inglês, romano e francês e buscando tirar lições das experiências de diversos sistemas políticos distintos. Se podemos retirar uma lição de Montesquieu, é que não há um sistema ideal que possa ser utilizado em toda e qualquer

¹⁹⁴ Este é um problema comum no estudo de conceitos históricos. Como coloca José Reinaldo Lopes, “[à]s vezes achamos que os romanos, os medievais e os iluministas dos séculos anteriores já pensavam as coisas que nós pensamos e só não conseguiam realizá-las por falta de meios”. LOPES, op. cit., p. 22.

¹⁹⁵ MONTESQUIEU, op. cit., p. 424. Livro Vigésimo Terceiro, Cap. II.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 428. Livro Vigésimo Terceiro, Cap. IX.

¹⁹⁷ Devemos advertir que uma das características do *liberalismo* europeu, ao menos até o século XIX, era o “elitismo social”. Ou seja, para ser livre era necessário ser homem, europeu e proprietário. Era comum no liberalismo clássico a argumentação de inferioridade natural das mulheres e dos povos coloniais. HESPANHA, op. cit., p. 362-363.

¹⁹⁸ MONTESQUIEU, op. cit., p. 252-253. Livro Décimo Quinto, Cap. V.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 236. Livro Décimo Quarto, Cap. II.

²⁰⁰ Cf. António Hespanha, Montesquieu faz em *Do Espírito das Leis* uma investigação dos fatores morais, físicos, geográficos, históricos e sociais que determinam o modo de ser do direito. Ele não invoca como fundamento do direito objetivo a “natureza do homem”, mas sim a “necessidade natural”. HESPANHA, op. cit., p. 321.

situação. O sistema político deve ser adaptado para resolver os problemas de cada contexto, de cada realidade.

Como vimos, a separação de poderes, como entabulada por Montesquieu, foi concebida para resolver o problema específico da Europa do século XVIII, tendo sido pensada como uma forma de conter o poder do Estado absolutista, assegurar maior liberdade política à aristocracia e equilibrar a disputa de poder entre a Monarquia e o Parlamento. O próprio Montesquieu, todavia, admitia que essa separação poderia se dar em maior ou menor grau, conforme as necessidades de cada Estado, de cada contexto político.

Logo, é despropositado que simplesmente reproduzamos um ou outro modelo de separação de poderes pré-concebido como se fosse um modelo universal e acabado de sistema político. Esses arranjos políticos admitem diferentes configurações, as quais devem ser discutidas a luz de cada contexto social.

Não podemos esquecer o abismo que nos separa da realidade da Europa do século XVIII. É, portanto, pouco provável que um arranjo político elaborado para uma realidade tão diversa possa ser simplesmente incorporado sem uma reflexão mais profunda. Devemos ter o espírito crítico para entendermos ser possível rediscutir esses arranjos político e conceber outros tipos de configuração dos poderes que, talvez, resolvam de forma mais eficiente os problemas da contemporaneidade, na nossa realidade específica.

2.6. Uma Reflexão sobre os Problemas da Contemporaneidade

Para ilustrarmos a dificuldade da aplicação das discussões de separação de poderes travadas nos séculos XVII e XVIII para a solução dos problemas da contemporaneidade, devemos dar um salto de cerca de 200 anos, mais precisamente para o dia 06 de maio de 2010. Neste dia, um operador de ações do Citigroup cometeu um erro de digitação. Ao vender ações da Procter & Gamble na bolsa de Nova York, o operador do Citigroup, que pretendia vender um milhão de ações, emitiu uma ordem de venda de um bilhão de ações, causando um pânico no mercado de ações. Esta operação fez as ações da Procter & Gamble despencarem 37% em minutos²⁰¹. Com a queda, computadores das empresas que operam em bolsa iniciaram um processo de emissão de ordens de venda automáticas, passando a vender ações a qualquer preço.

²⁰¹ QUEDA das Bolsas NY pode ter sido erro humano: Nasdaq cancela operações. **Folha On Line**, São Paulo, 06 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u731341.shtml>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

Num exemplo extremo, as ações da empresa Accenture, que valiam US\$ 40,00 no início daquele dia, passaram a ter valor próximo de zero. Como resultado, o principal índice da bolsa norte-americana teve em poucos minutos uma queda de mais de 9%, a maior queda em mais de 20 anos. Quase simultaneamente, no Brasil, a Bolsa caiu 6,38% em razão do pânico norte-americano.

O clima de mau humor dos especuladores teria sido agravado por protestos na Grécia contra o pacote de ajuste fiscal do governo e por declarações do Presidente do Banco Central Europeu²⁰². Curiosamente, neste dia, a bolsa da Grécia fechou em alta. Duncan Niederauer, presidente da empresa que controla a bolsa de Nova York (NYSE Euronext), comentou o episódio da seguinte forma: “É a estrutura de mercado que escolhemos nos Estados Unidos. Devemos aceitar que estas coisas ocorram em períodos de extrema volatilidade”²⁰³.

Os parágrafos acima, retirados das páginas dos noticiários recentes e encarados com naturalidade pela sociedade atual, soariam absurdos para uma pessoa que vivesse nos séculos XVII e XVIII. De fato, esses acontecimentos gerariam estranheza mesmo para uma pessoa que vivesse na primeira metade do século XX. Seria incompreensível que centenas de bilhões de dólares pudessem evaporar em minutos por um erro de digitação. Seria impossível imaginar máquinas dando ordens de investimento automaticamente. Pareceria improvável que um protesto ocorrido na Grécia pudesse, em minutos, influenciar os preços no Brasil. A própria ideia da existência de um Banco Central Europeu, com poder para determinar como um Estado Nacional deveria conduzir a sua política interna, teria soado ridícula. O caso acima, o qual seria anedótico se não fosse preocupante, revela a complexidade e os desafios do mundo contemporâneo.

Dizer que houve uma queda de 9% do índice da bolsa de Nova York é minimizar um evento, um eufemismo para circunscrever a informação a um grupo pequeno de especialistas e economistas. O que não se expõe claramente é que uma redução desta proporção representa, na prática, que mais de US\$ 1.500.000.000.000,00 (um e meio trilhões de dólares) simplesmente desapareceram ao longo de um dia, isto somente considerando os valores de mercado das ações das empresas listadas pela bolsa de Nova York²⁰⁴. Para que se tenha uma

²⁰² CRISE Europeia e Bolsa de NY Levam Pânico aos Mercados. **O Globo**. Rio de Janeiro, 07 maio 2010. Disponível em <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/5/7/crise-europeia-e-bolsa-de-ny-levam-panico-aos-mercados>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

²⁰³ QUEDA das Bolsas NY pode ter sido erro humano, *op. cit.*

²⁰⁴ De acordo com dados da NYSE Euronext, empresa que controla a Bolsa de Nova York, as empresas com ações listadas têm valor de mercado total de 16,7 trilhões de dólares, conforme dados de 31 de dezembro de

ideia do tamanho do problema, este valor representa mais de cinco vezes os prejuízos causados por todos os desastres naturais ocorridos em todo o mundo ao longo de 2008 e 2009²⁰⁵.

Devemos realmente aceitar como normais e inevitáveis eventos como este?

Ainda estamos tentando entender todas as repercussões do fenômeno da integração global dos mercados e o verdadeiro alcance da revolução tecnológica desencadeada a partir da segunda metade do século XX. Apesar de não estar claro, ainda, qual é a real abrangência desta revolução, não é exagerado afirmar que estamos diante de um acontecimento tão impactante quanto foi a Revolução Industrial no século XVIII.

Possivelmente os pensadores europeus do século XVIII também não compreendessem totalmente, à sua época, o impacto que a introdução de novas tecnologias no processo de produção teria na sociedade. Avanços que podem ter parecido de pouca relevância jurídica, como a invenção da máquina a vapor, a organização do trabalho em sociedades comerciais e o advento da eletricidade, mudaram radicalmente a forma como as relações sociais passaram a se dar. Essas mudanças tecnológicas forçaram a que se repensasse o papel do Estado e do Direito.

Passados mais de dois séculos, uma vez mais a sociedade se põe numa era de avanços tecnológicos que desafiam a capacidade do Estado de regular os conflitos e a vida em comunidade. Estaria o Estado da separação de poderes de Montesquieu capacitado para atuar no mundo contemporâneo, onde o tempo é instantâneo, a realidade é virtual e o conhecimento se torna rapidamente descartável?

Sobre tal questão, pretendemos lançar algumas luzes nos itens seguintes, buscando separar, dentro do tema da globalização e da era da informação, a realidade do discurso, sem a pretensão de esgotarmos a discussão. Neste contexto, buscaremos identificar quais seriam as

2008, respondendo por um volume diário de negócios de aproximadamente 153 bilhões de dólares. Sendo assim, uma queda de 9,2%, como ocorrida no dia 06.05.2010, representa em termos financeiros cerca de 1,54 trilhões de dólares no valor de mercado das empresas listadas. Note-se que este volume somente representa as 8.500 empresas listadas pelo NYSE, não considerando os demais mercados de ações do mundo. NYSE EURONEXT. **Listing Directories**. Disponível em: <<http://www.nyse.com/about/listed/1170350259411.html>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

²⁰⁵ Conforme dados da ONU, os prejuízos econômicos oriundos de desastres naturais em todo o mundo no período de 2008-2009 foram de 262 bilhões de dólares. UNITED NATIONS. **The Millenium Development Goals Report 2010**. Nova York: 2010. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/pdf/MDG%20Report%202010%20En%20r15%20-low%20res%2020100615%20-.pdf>>. Acesso em: 01 ago.2010. p. 8.

consequências destes problemas da contemporaneidade para um Estado pensado num esquema de separação de poderes como defendido por Montesquieu²⁰⁶.

2.7. Paralelos com a Revolução Industrial

Para entendermos o impacto ético, social e jurídico do atual processo de revolução tecnológica, parece pertinente, primeiramente, traçar um paralelo com a Revolução Industrial iniciada no século XVIII e expandida ao longo do século XIX. Pretendemos, com isso, demonstrar os reflexos que o processo de industrialização e a mudança tecnológica tiveram no pensamento então vigente e, desta forma, colocar em melhor perspectiva as mudanças atuais.

Podemos sintetizar as discussões em voga no século XVIII pela análise de três dos principais pensadores da época: Kant, Rousseau e Adam Smith. Com isso, pretendemos demonstrar a grande diferença existente nas premissas estabelecidas pelos pensadores liberais do século XVII e XVIII, como John Locke e Montesquieu, e a realidade social que emergiu nos séculos seguintes.

Como aponta Samuel Fleischacker²⁰⁷, é no século XVIII que surge a noção contemporânea de justiça distributiva. Os avanços científicos e mudanças políticas fizeram a erradicação da pobreza começar a parecer possível. Ao longo do século XVIII, houve uma mudança de atitude em relação aos pobres²⁰⁸. Segundo Fleischacker, no início daquele século ainda prevalecia a noção de que os pobres mereciam ser pobres e, portanto, deveriam ser mantidos para sempre na base da pirâmide social. Ao longo do século XVIII, surgiram ideias revolucionárias, como ser dever do Estado retirar as pessoas da pobreza; que ninguém merecia, ou necessitaria ser pobre; e que a mobilidade social era algo positivo²⁰⁹.

Kant foi um dos primeiros grandes pensadores a argumentar explicitamente que o cuidado com os pobres deveria ser mais um problema do Estado do que uma obrigação privada. Kant fundamenta este dever num ideal de justiça. Tal premissa, hoje vista com bastante naturalidade, foi revolucionária para a época. O consenso vigente até então era que o dever de ajudar os pobres era somente uma obrigação moral, um ato de caridade e filantropia a ser desenvolvido privadamente pelos indivíduos de melhor condição. A redistribuição de

²⁰⁶ Considerando a imprecisão do termo Direito, esclarecemos que usaremos esta terminologia na concepção de Karl Larenz, qual seja, uma ordem de relações intersubjectivas sob a exigência da justiça, especialmente de medida igual para todos. LARENZ, op. cit., p. 526.

²⁰⁷ FLEISCHACKER, Samuel. **A Short History of Distributive Justice**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2004. Cap. 2.

²⁰⁸ Ibidem, p. 53-54.

²⁰⁹ Idem, p. 53-54.

riqueza com objetivo de redução das injustiças sociais não era visto como um direito, muito menos como um dever jurídico a ser desempenhado pelo Estado²¹⁰.

Também no século XVIII surge uma atitude de suspeita em relação às sociedades comerciais, particularmente quanto aos custos sociais para os mais pobres, acompanhado de um sentimento de desconfiança em relação ao discurso iluminista do “progresso”. Estas duas características podem ser apontadas na obra de Rousseau. Este inicia um debate que permanece atual até hoje: até que ponto os avanços científicos podem ser considerados realmente avanços, ou seja, uma melhora para a sociedade? Até que ponto o discurso do progresso poderia justificar seus custos sociais? Para Rousseau, a vida em sociedade seria a causadora da maior parte dos sofrimentos humanos. No estado de natureza, a desigualdade seria quase nula. A maioria das desigualdades resultaria do hábito e da educação e, conseqüentemente, da sociedade²¹¹. Se era a sociedade a causa o mal, deveria ser também a sociedade capaz de se livrar deste mal²¹². O pessimismo de Rousseau em relação à vida em sociedade e ao individualismo pode ser ilustrado pela seguinte passagem:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer **isto é meu** e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: ‘Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém’.²¹³

Os avanços tecnológicos do início da Revolução Industrial também fizeram surgir a ideia inovadora de que seria possível acabar com a pobreza e com a miséria, superando a noção então vigente de que haveria uma classe de pessoas que deveriam ser pobres. Adam Smith foi um forte opositor da noção de que os pobres seriam uma classe inferior e que, portanto, mereceriam estar na base da pirâmide econômica. Ao contrário, Smith defendia que seria possível acabar com a miséria e que ninguém mereceria ser pobre²¹⁴.

Smith afirmou que um homem deveria ser capaz de viver do seu trabalho. Para tanto, o valor do seu salário deveria ser suficiente para o seu sustento e de sua família, em padrões

²¹⁰ FLEISCHACKER, op. cit., p. 68-70.

²¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens *in* **Os Pensadores** – Rousseau. Vol. II. São Paulo: Nova Cultural, 2000. P. 51-54.

²¹² Ibidem, p. 55-58.

²¹³ Idem, p. 87. Grifos são do original.

²¹⁴ FLEISCHACKER, op.cit., p. 64-65.

compatíveis com um valor mínimo de decência e humanidade²¹⁵. A concepção de que deveria haver um valor mínimo para o salário foi igualmente inovadora. Também vemos no trabalho de Smith a afirmação de que a diferença dos talentos naturais entre os homens seriam pequenas e que as diferenças entre um filósofo e um simples carregador se deveria menos à natureza do que aos hábitos, aos costumes e à educação²¹⁶.

Também os pensadores do século XVIII começaram a se preocupar com a possível injustiça social causada pela concentração de renda. Smith, por exemplo, afirma que onde existe uma grande propriedade há uma grande desigualdade, pois a fartura de poucos pressupõe a indigência de muitos²¹⁷. Claro que não podemos atribuir a Smith uma visão socialista ou igualitarista. Adam Smith apontou a injustiça das condições de trabalho a que os pobres eram submetidos, todavia, como aponta Fleischacker, acreditava de forma otimista que o livre mercado seria capaz de empregar a todos^{218 219}.

Podemos, assim, apontar nos pensadores acima referidos uma mudança na concepção do papel da pobreza e da distribuição da riqueza. Ainda que não seja possível apontar o início da Revolução Industrial como causa determinante para esta mudança, é razoável se supor que as inovações tecnológicas e as mudanças sociais causadas pela industrialização, contemporâneas aos autores acima, tenham influenciado o pensamento político vigente.

Por outro lado, estes mesmos pensadores, ao lançarem as sementes para o conceito moderno de justiça distributiva e distribuição de riqueza, também lançaram argumentos utilizados para a defesa do livre mercado. Por exemplo, Kant fez uma forte defesa dos direitos de propriedade, apontando, inclusive, a impossibilidade do ordenamento positivo lesar o estado natural de propriedade²²⁰. Adam Smith foi um veemente defensor do livre mercado, como já comentado. E mesmo Rousseau, no seu Discurso sobre Política Econômica, aborda a propriedade como um direito quase inviolável. Ao discutir a legitimidade da tributação, aponta a cruel alternativa de deixar o Estado perecer ou violar o direito sagrado da propriedade²²¹.

²¹⁵ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Vol. I, p. 85-86.

²¹⁶ Ibidem, p. 21.

²¹⁷ Idem, p. 900-901.

²¹⁸ FLEISCHACKER, *op. cit.*, p. 67.

²¹⁹ Adam Smith era um liberal, no sentido de que defendia uma ação mínima do Estado. Todavia, como destaca Antônio Hespanha, não era adepto do *laissez faire*, ou seja, do não governo. HESPANHA, *op. cit.*, p. 326-327.

²²⁰ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Ícone, 1993. p. 76-79.

²²¹ FLEISCHACKER, *op. cit.*, p. 58.

Há no século XVIII e no início do século XIX uma segunda visão, aparentemente antagônica aos pensamentos acima expostos. Esta corrente defendia que o Estado não deveria intervir na propriedade privada, vista como integrante da esfera de liberdade individual, e que a legislação de auxílio aos pobres e de redistribuição de riquezas seria um erro. Pensadores como Thomas Malthus, Jeremy Bentham, Arthur Young e, posteriormente, Herbert Spencer, forneceram argumentos intelectuais e morais como justificativa para a não intervenção estatal no assunto de distribuição da riqueza, sintetizados por Fleischacker como uma atitude de “deixem eles morrerem” (*let them die*)²²².

Um exemplo deste tipo de pensamento é a correspondência trocada por James Mill²²³ e David Ricardo a respeito da seca de 1816, a qual teria afetado seriamente a produção agrícola inglesa e ameaçava causar uma epidemia de fome. James Mill anotou que, por causa da escassez de alimentos, um terço da população teria que morrer de fome. Para ele, teria sido uma benção levar a população faminta para as ruas e “cortar seus pescoços como nós fazemos com os porcos”²²⁴. David Ricardo, por sua vez, respondeu reclamando dos agitadores sociais que instigavam os famintos a protestar, os quais estariam persuadindo as classes mais pobres de que a legislação poderia lhes dar algum auxílio. Embutida no pessimismo de David Ricardo estava a premissa de que não havia nada que o Estado devesse, ou pudesse fazer, para evitar a fome da população mais pobre ante um cenário de escassez de alimentos²²⁵. A única solução seria realmente deixá-los morrer, não cabendo ao Estado o dever legal ou moral, ou mesmo a capacidade para intervir neste tipo de situação.

O raciocínio exposto por James Mill e David Ricardo, que hoje pode nos chocar pela sua frieza pragmática, não é em absoluto uma posição isolada e extremada. Ao contrário, representam as ideias de parte da intelectualidade europeia do século XVIII. Neste mesmo sentido, podemos apontar que Townsend defendia que a fome era útil para motivar os pobres a trabalhar, postulando, portanto, a abolição de leis de ajuda aos pobres²²⁶. Arthur Young defendia que seria melhor que os pobres morressem em guerra do que permanecerem como um peso para a sociedade e para os mais habilidosos²²⁷. Malthus defendia ser necessário que um determinado número de pessoas morresse de fome e de doenças em cada geração, para

²²² FLEISCHACKER, op. cit., p. 86-87.

²²³ Chamamos a atenção que estamos nos referindo a James Mill, filósofo utilitarista, não a seu filho, John Stuart Mill.

²²⁴ “[...] *and cut their throats as we do with the pigs*”. Tradução nossa. SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Londres: Penguin Books, 2010. p. 388.

²²⁵ Ibidem, p. 388-390.

²²⁶ FLEISCHACKER, op. cit., p. 83.

²²⁷ Ibidem, p. 85.

que se garantisse o abastecimento de comida e de outros recursos básicos^{228 229}. Herbert Spencer, um dos precursores do darwinismo social, defendia a sobrevivência do mais bem adaptado (*survival of the fittest*), razão pela qual a ajuda estatal aos pobres atrapalharia a seleção natural. Aqueles que não tivessem condições de sobreviver, os menos adaptados, deveriam perecer. As leis de auxílio aos pobres, segundo Spencer, atrapalhariam o processo de purificação da humanidade^{230 231}.

Podemos, portanto, como faz Fleischacker, apontar que no século XVIII e início do século XIX duas ideias estiveram em competição. A primeira visão colocava a erradicação da pobreza como uma possibilidade e um dever do Estado, fundamentada num conceito de justiça distributiva próximo à concepção contemporânea do termo. A segunda corrente filosófica, dos libertários e defensores do livre mercado, defendia a não intervenção do Estado e a abolição das Leis de auxílio aos pobres, postulando que o auxílio aos menos afortunados deveria ser um assunto privado, de caridade²³². Esta segunda corrente foi a origem do que hoje chamamos de pensamento libertário.

Temos, aqui, que distinguir os liberais dos libertários (*libertarians*). Para os libertários modernos, quando o Estado obriga o indivíduo, pela tributação, a ajudar o próximo, está violando direitos individuais. Esta corrente defende a existência de um Estado mínimo, rejeitando a noção de ser a justiça social um dever estatal, pois tal uso do aparato coercitivo estatal comprometeria as liberdades²³³ inerentes ao homem. Para estes, a liberdade, registre-se, é a liberdade negativa, ou seja, de não interferência do Estado na esfera pessoal; esta concepção não se confunde com a liberdade positiva, no sentido usado por Amartya Sen, ou seja, a liberdade de ter oportunidades substantivas, como educação e um sistema de saúde

²²⁸ FLEISCHACKER, op. cit., p. 85.

²²⁹ Thomas Malthus também era contrário às leis inglesas de auxílio aos pobres (*Poor Law*). Ele defendia que essas leis incentivavam o casamento mais cedo e, ao retirar dos pobres a responsabilidade individual de prover o sustento da sua família, acabavam por abolir o controle do número de nascimentos. HUZEL, James P. Malthus, the Poor Law, and Population in Early Nineteenth-Century England. **Economic History Review**, vol. 22, número 3, dez. 1969, p. 430-452.

²³⁰ FLEISCHACKER, p. 87-89.

²³¹ Além de entusiasta do darwinismo social, Spencer defendia a política do *laissez-faire*: a intervenção estatal nos assuntos econômicos violaria os direitos naturais, razão pela qual o papel do Estado deveria ser bem restrito. Segundo Spencer, a intervenção estatal violaria a liberdade pessoal, atrapalharia o processo evolução natural e geraria uma burocracia desnecessária. MCVEA, John. Herbert Spencer: Providing Libertarian Foundations? **Business & Society Review**, vol 106, nº 3, p. 225-240, 2001. GRAY, T. S. Herbert Spencer: Individualist or Organicist? **Political Studies**, XXXIII, 1985, p. 236-253.

²³² FLEISCHACKER, op. cit., p. 54.

²³³ Note-se que a liberdade defendida no século XVIII era intimamente associada ao direito de propriedade ("individualismo possessivo"). HESPANHA, op. cit., p. 343.

gratuitos²³⁴. O pensamento libertário, por sua vez, diferencia-se do pensamento liberal. Os liberais vêem a sociedade como uma combinação das distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna, devendo estas diversas concepções serem igualmente respeitadas pelo Estado²³⁵.

O *utilitarismo* também teve uma grande influência na formação do pensamento político do século XVIII. Pensadores utilitaristas, como Jeremy Bentham, avaliavam o bem-estar social pela soma da felicidade da sociedade, associando felicidade à “utilidade” individual. Esses pensadores ignoravam os problemas na desigualdade de distribuição de “utilidades” pela população, bem como desconheciam a ausência de cientificidade na comparação da felicidade entre os diversos indivíduos²³⁶. A tradição do utilitarismo trata a “utilidade” como um conceito homogêneo, descartando o problema da diversidade de valores, de necessidades e de capacidades que há entre os indivíduos. Essa visão homogênea do que seria felicidade permitiu que os economistas utilitaristas adotassem uma visão objetiva da sociedade através do uso de indicadores padronizados de riqueza - como o Produto Interno Bruto (PIB) - para a medição da felicidade / utilidade de determinada população²³⁷. Contrariamente ao indicado pelo pensamento utilitarista, a prova empírica sugere que o aumento de riqueza de uma nação não está diretamente associado ao aumento de felicidade de sua população²³⁸. Podemos depreender que o argumento utilitarista tenha servido como base teórica para a simples defesa do crescimento da soma total da felicidade, representado pelo crescimento econômico, como índice confiável do sucesso de determinado arranjo político ou econômico, sem que se restassem consideradas as profundas injustiças e desigualdades existentes dentro desta sociedade, ou as eventuais consequências negativas do crescimento econômico para as camadas mais pobres.

É razoável se supor que a atitude de não intervenção estatal defendida pelo pensamento libertário, a frieza da visão utilitarista, a defesa extremada da liberdade individual no seu sentido negativo e, particularmente, da defesa da propriedade como um direito sagrado

²³⁴ SEN, op. cit., p. 281-282.

²³⁵ FARIA, José Eduardo. Prefácio in CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. xviii.

²³⁶ SEN, op. cit., p. 277-278.

²³⁷ Ibidem, 238-241.

²³⁸ Idem, p. 271-273.

e associado à própria liberdade²³⁹, estejam relacionados aos problemas sociais verificados na segunda parte da Revolução Industrial, no século XIX.

As consequências do processo de industrialização desprovido de controle estatal e de valores éticos são bem apontadas por Eric Hobsbawn²⁴⁰, que ressalta o empobrecimento das classes mais pobres causado pela Revolução Industrial. Na Inglaterra, por volta de 1840, a classe média ascendente tinha um excesso financeiro considerável, estando apta a investir capitais nas estradas de ferro, em apetrechos domésticos e em construções palacianas, enquanto os mais pobres estavam com seus recursos materiais esgotados. Além do empobrecimento material, havia também um empobrecimento social, com a destruição dos antigos estilos de vida tradicionais, sem a substituição por um equivalente satisfatório nas cidades. Tal sentimento de insatisfação e desespero gerou ondas de violência e agitação política. As palavras de um dos amotinados em Fens, em 1816²⁴¹, expressam o sentimento da época: “Eis-me aqui entre a Terra e o Céu, e que Deus tenha pena de mim. Preferia perder a vida a ir para casa como estou. Quero pão e terei pão”²⁴².

As mazelas da Revolução Industrial também são apresentadas por Jean-Pierre Rioux. Segundo o autor, a ascensão social e a riqueza trazida pela industrialização não trouxeram melhorias para os operários e para a classe mais pobre. Para Rioux, esta continuou isolada e despojada de sua identidade. Jean-Pierre aponta, inclusive, um retrocesso nos índices de alfabetização dos operários industriais. Com a urbanização desordenada, uma leva de miseráveis teria passado a se concentrar às portas das cidades. Essa massa de “vagabundos”, de indigentes, de recém-chegados às cidades é muito cedo encarada pelos detentores da riqueza como um foco de criminalidade. Para Rioux, essa nova classe operária passou a ter uma vida familiar desarticulada pelos horários de trabalho e pela promiscuidade, com crianças e mulheres sendo exploradas e maltratadas no local de trabalho. Teria havido, também, o aumento do alcoolismo, da prostituição, das doenças venéreas e da escravidão branca, por

²³⁹ Hespanha aponta que no período de 1750 a 1850 corresponde, no pensamento europeu, ao período por ele designado de “liberalismo”. Este pensamento tinha três grandes princípios: liberdade, propriedade e igualdade formal perante a Lei. A garantia da propriedade era um direito sagrado e inviolável, sendo uma extensão da liberdade. HESPANHA, op. cit., p. 341-343.

²⁴⁰ HOBBSBAWN, Eric J E. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 83-89.

²⁴¹ Ano da seca que teria causado problemas para a produção agrícola e a consequente epidemia de fome referida no diálogo entre James Mill e David Ricardo, citado anteriormente neste mesmo item.

²⁴² HOBBSBAWN, op. cit., p. 88.

vezes mesmo organizada às portas das fábricas²⁴³. Essa é a Londres retratada por Charles Dickens e a Paris descrita por Vítor Hugo e Balzac.

Mas há uma relação entre os avanços tecnológicos da Revolução Industrial e os problemas sociais das metrópoles europeias do século XIX? Hobsbawn, ao analisar as consequências da primeira fase da Revolução Industrial, aponta que existe uma relação entre a industrialização e a transformação social. A revolução, em suas fases iniciais, destruiu os antigos estilos de vida e transformou a vida dos homens a ponto de torná-las irreconhecíveis²⁴⁴. Hobsbawn aponta ainda que a experiência e a moralidade da era pré-industrial não proporcionavam orientação adequada para o tipo de comportamento exigido por uma economia capitalista.

Particularmente nos alinhamos à ideia de Manuel Castells de que a tecnologia não determina a evolução histórica ou a transformação social, mas a tecnologia, ou sua falta, incorpora a capacidade de transformação das sociedades²⁴⁵. A simples introdução da tecnologia, portanto, não pode ser inteiramente responsabilizada pelos problemas sociais ocorridos na Europa do século XIX. Defendemos que esta questão somente pode ser inteiramente compreendida à luz do pensamento político dominante. Os Estados europeus do início do século XIX alinharam-se, em sua maioria, ao pensamento libertário, adotando uma posição de não intervenção estatal e admitindo que a distribuição de riquezas fosse livremente efetuada pelo mercado. Esta postura possivelmente acabou impedindo a atuação de mecanismos jurídicos e estatais que poderiam ter minimizado os problemas sociais da industrialização e da mudança de grande parte da população da área rural para as cidades.

De fato, estas primeiras discussões acerca do papel do Estado e da redistribuição de riquezas permitiram que, algumas décadas depois, o Direito e a Ciência Política se equipassem de institutos capazes de dar conta da realidade introduzida no século XVIII. A experiência europeia do século XIX convenceu quanto à necessidade de se regular e proteger a relação do emprego, dar conta dos problemas sociais trazidos pelo crescente aumento da urbanização e lidar com uma nova realidade social. Novos ramos do Direito, como o trabalhista, o previdenciário e o comercial, tiveram que ser criados para atender às novas necessidades de uma sociedade em mutação.

²⁴³ RIOUX, Jean-Pierre. **A Revolução Industrial**. 5ª Ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1996. p. 204-207.

²⁴⁴ HOBBSAWN, *op. cit.*, p. 83-89.

²⁴⁵ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Vol. I. 11ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 44-45.

Mas há alguma relação entre a Revolução Industrial e o período contemporâneo? Segundo Manuel Castells, há paralelos entre a primeira e a segunda revolução industrial, ocorridas respectivamente nos séculos XVIII e XIX, e a atual revolução tecnológica e o processo de reestruturação do capitalismo pelo qual passamos²⁴⁶. Importante, portanto, indagarmos como, no momento atual, o Direito e o Estado devem responder a estas mudanças.

Para nos posicionarmos sobre tal questão, passaremos a abordar a relação entre as inovações tecnológicas introduzidas na segunda metade do século XX e o processo de reestruturação do capitalismo subsequente. Todavia, para melhor analisarmos essas mudanças e os problemas típicos da contemporaneidade, e sua relação com a estrutura do Estado e a divisão de poderes entre seus órgãos, faremos uma divisão metodológica, abordando a questão sob o ponto de vista do fato histórico e da mudança do discurso político.

2.8. A Revolução da Tecnologia da Informação como Fato Histórico

Apresentamos a questão da revolução da tecnologia da informação e da reestruturação do sistema econômico e financeiro, percebida a partir da década de 70 do século passado, para iniciarmos a análise do problema da atuação estatal em face dos desafios da contemporaneidade. Postulamos ser razoável se supor que em face das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas dos últimos quarenta anos, a atuação estatal teve que ser adaptada, distanciando-se dos modelos defendidos nos séculos XVII e XVIII. Neste contexto, apresentamos a possibilidade de que o estabelecimento de agências reguladoras com poder normativo tenha sido uma resposta institucional e política concebida para superar o problema do tempo necessário para a produção de soluções legislativas tradicionais, particularmente em face da instantaneidade do tempo econômico e social.

Inicialmente apontamos a dificuldade do uso do termo globalização, ante a pluralidade de significados²⁴⁷ que o termo pode adotar no senso comum, muitos deles de forte cunho ideológico ou mesmo pejorativo. Ainda que muitos dos autores citados usem, de fato, a expressão globalização em diversos contextos, com vários significados, evitaremos o uso genérico do termo, buscando conceitos mais específicos que sejam capazes de retratar os problemas da contemporaneidade.

²⁴⁶ CASTELLS, op. cit., p. 71-75.

²⁴⁷ No mesmo sentido, FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59.

A doutrina especializada aponta que o termo “globalização” (*globalization*) foi popularizado por Theodore Levitt em 1983, num artigo publicado na *Harvard Business Review* intitulado “*The Globalization of Markets*” (A Globalização dos Mercados)²⁴⁸. Neste artigo, Levitt defendia que a nova tecnologia que teria popularizado a comunicação, o transporte e as viagens teria criado uma nova realidade comercial, com o surgimento de mercados globais. Estes mercados globais teriam dimensões sem precedentes e passariam a consumir produtos padronizados e produzidos em escala global. Nesta ótica, Levitt decretava o fim das corporações multinacionais, as quais seriam substituídas por corporações globais, ou seja, por empresas com capacidade de produzir produtos padronizados de alta qualidade a baixo preço em escala global, com enormes ganhos de escala na produção, distribuição, marketing e gerenciamento²⁴⁹.

O argumento de Levitt parte de uma premissa duvidosa, já abordada no item anterior. Ele pressupõe que a tecnologia teria transformado a sociedade e a economia. Como já comentamos, não concordamos que a tecnologia determine a mutação histórica ou a transformação social, ainda que a presença, ou ausência, de tecnologia possa influenciar e estar associada a estas alterações.

Outra questão problemática na definição de Levitt é que ela abrange somente parte do fenômeno, associando a globalização a uma simples mudança no processo econômico e nos mercados. Na verdade, como veremos, a globalização permeia diversos aspectos da vida humana, projetando seus efeitos para além das relações econômicas.

Adotaremos como ponto de partida de nossa investigação o conceito proposto por Anthony Giddens, segundo o qual a globalização é um “[a]umento da interdependência entre diferentes povos, regiões e países do mundo à medida que as relações sociais e econômicas passam a abranger o mundo inteiro”²⁵⁰.

Adotamos o conceito de Giddens para o início de nossa análise por ser um autor que lançou as bases teóricas do pensamento político da *Terceira Via*, tendo servido como referência para o pensamento social democrata da década de 90 e para o “novo trabalhismo”

²⁴⁸ ABDELAL, Rawi; e TEDLOW, Richard S. **Theodore Levitt's 'The Globalization of Markets': An Evaluation after Two Decades** (February 2003). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=383242>>. Acesso em 31 jan. 2012; QUELCH, John A. Theodore Levitt (1926-2006) in **Harvard Business Review**, set. 2006, Vol. 84, nº 9, p. 148; ECKES JR., Alfred E.; e ZEILER, Thomas W. **Globalization and the American Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1.

²⁴⁹ ABDELAL e TEDLOW, op. cit., p. 4.

²⁵⁰ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 568.

do governo Tony Blair²⁵¹. Logo, trata-se de um autor não só de importância acadêmica, mas que contribuiu diretamente para a formação do pensamento político contemporâneo e abertamente influenciou as políticas públicas de diversos países. Por estas razões, postulamos ser adequado o uso inicial da sua definição do termo globalização, ainda que o conceito possa ser sujeito a debate e algumas complementações.

Retornando ao pensamento de Giddens, a sociedade contemporânea estaria passando por um processo de interdependência social e convergência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos. Este processo seria impelido pelo desenvolvimento tecnológico e por fatores políticos. A mudança tecnológica teria intensificado a velocidade e alcance da interação entre pessoas ao redor do mundo, alterando a percepção que temos do tempo e do espaço (compressão do tempo-espaço). Um segundo aspecto do fenômeno seria uma integração e reestruturação da economia global, conduzidas principalmente por corporações transnacionais²⁵².

José Eduardo Faria identifica na atual globalização “um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações do tempo,” o qual seria obtido “graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações”²⁵³. Este processo também estaria associado ao fenômeno da progressiva substituição do Estado pela empresa privada e à elevada dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro. Tanto o processo de mutação da percepção do tempo-espaço quanto o fenômeno da substituição do Estado pelas empresas e pelo capital privado seriam resultantes de transformações institucionais, políticas, organizacionais e tecnológicas ocorridas entre os anos 70, 80 e 90²⁵⁴.

Para Diogo de Figueiredo²⁵⁵, a globalização pode ser compreendida de duas formas: como fato e como valor. A globalização como fato pressupõe uma abordagem do fenômeno como um dado objetivo, considerado do ponto de vista histórico. Nesta acepção, a globalização poderia ser considerada como uma dilatação dos horizontes de interesses das sociedades humanas. Na visão do autor, abordado o fenômeno como fato, ou seja, como realidade histórica, pouca margem haveria para dissensos.

²⁵¹ SAUL, Renato P. Giddens: da Ontologia Social ao Programa Político, Sem Retorno. Revista **Sociologias**, Porto Alegre, ano 5, nº 9, jan/jun 2003, p. 142-173.

²⁵² GIDDENS, op. cit., p. 60-65.

²⁵³ FARIA [2000a], op. cit., p. 62.

²⁵⁴ Ibidem, p. 62-63.

²⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 60-61.

Segundo esta mesma classificação, a globalização poderia ainda ser abordada como um valor, este sim um dado subjetivo, passível de controvérsias e de ponderação²⁵⁶. Nesta acepção, para o autor, a globalização poderia ser vista como um bem ou como um mal.

Partiremos, portanto, da abordagem proposta por Diogo de Figueiredo para analisarmos os fenômenos da contemporaneidade relacionados à mudança tecnológica e à alteração das estruturas sociais e econômicas. Analisaremos a questão nestas duas acepções: como um fato histórico e como um valor. Esta segunda abordagem, de análise deste processo como um valor, aproxima-se da análise feita por Gilberto Dupas²⁵⁷, encarando-se tal fenômeno como uma alteração do discurso político hegemônico e como uma busca pela legitimação deste discurso.

Partindo-se destas premissas, analisaremos, primeiramente, neste item, o fenômeno histórico da revolução tecnológica, da mudança na percepção do tempo e do espaço e da reestruturação do sistema comercial e financeiro, deixando a análise política para o item seguinte. Fazemos estas duas análises para verificarmos se, à luz dos problemas contemporâneos, a abordagem de Montesquieu e dos doutrinadores dos séculos XVII e XVIII quanto à separação de poderes ainda é sustentável.

Francisco Cortés Rodas entende que a globalização é o resultado de um entrelaçamento expansivo da economia mundial²⁵⁸. Este entrelaçamento estaria relacionado à ampliação transnacional dos mercados, do comércio e da produção. Para Rodas, este fenômeno não é um processo repentino e espontâneo da história recente e, sim, a continuação do processo expansivo do capitalismo iniciado no final do século XIX. Este processo teria se interrompido pelas duas guerras mundiais e pelas políticas protecionistas do entre guerras e do período entre 1945 e 1975.

Este impulso globalizador, ainda segundo Rodas, foi favorecido pela expansão de novas tecnologias de comunicação, transporte, processamento eletrônico de dados e automação dos processos produtivos²⁵⁹.

Gilberto Dupas também identifica a metade da década de setenta como o momento histórico de aceleração do processo de globalização²⁶⁰. Dupas concorda com Rodas,

²⁵⁶ MOREIRA NETO [2008], op. cit., p. 99-103.

²⁵⁷ DUPAS, Gilberto. **O Mito do Progresso**. São Paulo: UNESP, 2006.

²⁵⁸ RODAS, Francisco Cortes. **Justicia y exclusion**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. Cap. IV.

²⁵⁹ Ibidem, p. 110.

apontando que o processo, em si, não é novo²⁶¹. Mas o advento das novas tecnologias da informação teria dado um novo impulso a este processo, o qual teria adquirido características inusitadas. Essa mudança tecnológica teria permitido a reformulação das estratégias de produção e a formação de grandes *networks* (redes de trabalho). Nesta ótica, a organização da atividade produtiva teria passado a ser global.

A globalização, para Diogo de Figueiredo²⁶², segue a lógica histórica da expansão dos interesses e de sua consequente instrumentalização pelo poder. Neste sentido, Diogo concorda que este processo não seria um fenômeno novo. Para o autor, a humanidade já teria passado por outros momentos de expansão dos interesses, como a globalização cultural do mundo helênico, na antiguidade; a globalização política e militar do antigo Império Romano; a globalização religiosa da expansão do catolicismo; e mesmo uma globalização econômica, na época dos descobrimentos e das colônias, pela ampliação dos impérios português e espanhol. O atual processo, impulsionado pela Revolução das Comunicações no final do século XX, seria, todavia, mais amplo, diversificado e profundo.

Também Barbosa Moreira não vê na globalização um fenômeno inteiramente novo²⁶³. Esta, todavia, ganharia vulto singular em nossos dias pelo extraordinário progresso tecnológico nos campos da informação e da comunicação. Estas modificações tecnológicas seriam capazes de comprimir o tempo e reduzir, ou mesmo eliminar, o espaço. Barbosa Moreira vê no fenômeno uma força padronizadora, aplanadora, a qual seria capaz de infiltrar nos tecidos da sociedade um conjunto de ideias e de valores, os quais influiriam vigorosamente na conformação das culturas.

Parece, portanto, pela leitura acima, que os avanços tecnológicos da segunda metade do século XX foram importantes para o impulso do atual processo de reestruturação do capitalismo e das relações sociais. Manuel Castells²⁶⁴ aponta que no final do século XX um novo paradigma tecnológico teria se organizado em torno da tecnologia da informação, capaz de operar transformações, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura. Para Castells, esta revolução tecnológica teria a mesma

²⁶⁰ DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social**: Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. Cap. 2.

²⁶¹ Esta é, também, a posição de José Eduardo Faria, que aponta que a globalização estaria presente já nos antigos impérios. FARIA [2000a], op. cit., p. 60-61.

²⁶² MOREIRA NETO, op. cit., p. 99-100.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito em Tempos de Globalização. **Carta Mensal**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, nº 564, Vol. 47, mar. 2002. p. 3-14.

²⁶⁴ CASTELLS, op. cit., p. 67-71.

importância da revolução industrial do século XVIII²⁶⁵. Este fenômeno foi designado por Castells como a *Revolução da Tecnologia da Informação*. Parece-nos que este termo seja o mais adequado para a compreensão dos fenômenos ora abordados.

Entre as tecnologias da informação, Castells inclui o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação, telecomunicações, optoeletrônica, engenharia genética e nanotecnologia. Esta revolução teria um divisor tecnológico surgido nos anos 70, a partir do qual essas tecnologias teriam passado por um salto qualitativo, devido a sua acessibilidade e custo cada vez menor, com qualidade cada vez maior. Haveria, ainda, uma sinergia entre os diversos avanços tecnológicos, com as descobertas em uma destas áreas facilitando a pesquisa e o desenvolvimento de outros campos tecnológicos²⁶⁶.

O sentido que Castells usa para o termo revolução tecnológica é o de um grande aumento repentino e inesperado de aplicações tecnológicas, capazes de transformar processos de produção e distribuição, criar uma enxurrada de novos produtos e mudar a localização das riquezas e do poder no mundo²⁶⁷. A revolução tecnológica seria um padrão de descontinuidade, cuja característica é a penetrabilidade, ou seja, a sua capacidade de penetração em todos os domínios da atividade humana.

Podemos depreender que essa revolução tecnológica descrita por Castells seja similar à revolução científica descrita por Thomas Kuhn, no sentido de ser um episódio extraordinário capaz de subverter a tradição existente da prática científica, alterando os compromissos anteriores e desintegrando a tradição pré-existente de determinado campo do conhecimento²⁶⁸. Assim, a revolução da tecnologia da informação pode ser caracterizada como uma quebra do paradigma das ciências baseadas em tecnologia, usando-se o termo paradigma no sentido adotado por Kuhn²⁶⁹. Esta ruptura teria dado início a um período de crise das ciências baseadas em tecnologia, permitindo a emergência de novas teorias científicas²⁷⁰.

Diferentemente das revoluções tecnológicas pelas quais já passou a humanidade, para Castells, o cerne da transformação que estamos vivendo refere-se às tecnologias da

²⁶⁵ CASTELLS, op. cit., p. 68.

²⁶⁶ Ibidem, p. 67-68.

²⁶⁷ Idem, p. 71.

²⁶⁸ KUHN, op. cit., p. 24-26.

²⁶⁹ “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Ibidem, p. 13.

²⁷⁰ Idem, p. 93-105.

informação, processamento e comunicação. A tecnologia da informação seria o equivalente contemporâneo da introdução da máquina a vapor e das novas fontes de energia na Revolução Industrial. Esta revolução tecnológica não teria se originado de qualquer necessidade preestabelecida, sendo mais o resultado de uma indução tecnológica do que de determinação social²⁷¹.

Mas teria esta revolução da tecnologia da informação determinado o processo de reestruturação dos mercados financeiros e das relações econômicas? Para Castells, até certo ponto a disponibilidade de novas tecnologias foi uma base fundamental para o processo de reestruturação econômica dos anos 80²⁷². O resultado histórico dessa estratégia parcialmente consciente, segundo o mesmo autor, é muito indeterminado, visto que a interação entre tecnologia e sociedade depende de relações fortuitas entre um número excessivo de variáveis parcialmente independentes.

Parece razoável a suposição de que a quebra de paradigma, no sentido *kuhniano*, causada pela revolução da tecnologia da informação pode ter possibilitado o surgimento de novas teorias em outros campos do conhecimento humano²⁷³. Assim, podemos supor que esta revolução também tenha tido influência na Economia, permitindo o questionamento do modelo econômico vigente e o surgimento de novos modelos.

No pós guerra, entre 1945 e 1973, houve um longo período de expansão econômica, o qual foi baseado num conjunto de práticas comumente chamadas de modelo fordista-keynesiano²⁷⁴. Segundo David Harvey, este modelo entrou em crise nos anos 70, em razão da geração pelo modelo de um excesso de fundos, o qual não podia ser reinvestido na produção²⁷⁵. Abordaremos a queda do modelo fordista-keynesiano no próximo item.

Assim, a evidência empírica parece indicar que o questionamento do modelo econômico hegemônico no ocidente, o fordista-keynesiano, ocorreu aproximadamente à mesma época que a revolução da tecnologia da informação. Cumpre destacar, todavia, que o processo de desgaste do modelo fordista-keynesiano parece ter se iniciado antes da revolução da tecnologia da informação ter tomado corpo.

²⁷¹ CASTELLS, op. cit., p. 91-98.

²⁷² Ibidem, p. 98.

²⁷³ José Eduardo Faria adota esta posição, apontando que juntamente com a “sociedade informacional” teria emergido um novo paradigma tecnológico-industrial. FARIA [2000a], op. cit., p. 78 e 80.

²⁷⁴ HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 1992. p. 119.

²⁷⁵ Ibidem, p. 136.

Castells identificou o surgimento de uma nova economia em escala global no último quartel do século XX, a qual designou de informacional, global e em rede^{276 277}. Esta economia é global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação estão organizados em escala global. Seus principais componentes, como capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados, estão organizados globalmente e em redes.

Essa nova economia global surgiu, segundo Castells, porque a revolução da tecnologia da informação forneceu a base material indispensável para a sua criação. Esta conexão histórica entre o alcance global da economia e da revolução da tecnologia da informação é que teria permitido a criação de um novo sistema econômico distinto²⁷⁸.

As mudanças tecnológicas trazidas pela revolução da tecnologia da informação permitiram a “progressiva conversão das ciências exatas, biomédicas e humanas em técnicas produtivas”²⁷⁹, as quais, associadas aos avanços da eletrônica, transformaram-se em fatores de competitividade das empresas. Isto possibilitou o surgimento de um novo tipo de organização social da produção, a indústria baseada em ciência (*science-based industry*), com a consequente superação do paradigma técnico-industrial fordista²⁸⁰.

Aderimos à visão de Castells. Preferimos caracterizar os problemas da contemporaneidade como associados à revolução da tecnologia da informação, fenômeno este que está provavelmente relacionado com a reestruturação da economia mundial, com a mudança da percepção do tempo e do espaço e com a alteração da forma de relacionamento social, ainda que não seja possível estabelecermos uma relação de causalidade entre estas mudanças. Apontamos, ainda, que o processo de reestruturação do capitalismo desencadeado na década de 70, todavia, está relacionado não só ao fenômeno tecnológico mas, também, a questões econômicas e políticas, que serão melhor ilustradas no próximo item, e à própria crise do modelo fordista-keynesiano.

²⁷⁶ CASTELLS, op. cit., cap. 2.

²⁷⁷ David Harvey prefere designar este modelo econômico pelo termo “acumulação flexível”. Este modelo seria caracterizado “pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”. HARVEY, op. cit., p. 140.

²⁷⁸ CASTELLS, op. cit., p. 119.

²⁷⁹ FARIA [2000a], op. cit., p. 75.

²⁸⁰ Ibidem, p. 75-76.

Eli Diniz²⁸¹ rejeita o uso do termo globalização como associado exclusivamente a um processo econômico. Para Diniz, entender o processo de globalização como uma dinâmica puramente econômica seria uma simplificação, pois se trata de um fenômeno multidimensional, que obedece a decisões de natureza política. A globalização não estaria comandada por forças inexoráveis e nem marcada exclusivamente por relações de natureza econômica. Parece-nos que aqui Diniz identifica o segundo componente do processo de globalização, que é o político, do qual trataremos no próximo item.

Em sentido similar, a globalização é, para Salvador Cervantes²⁸², um fato e uma ideologia. Também para Cervantes a globalização como fato teria sido provocada, entre outros fatores, pelas novas tecnologias de informação e comunicação, capazes de modificar a nossa percepção do tempo e do espaço. Para o autor, a globalização, como fato, seria aparentemente irreversível. Cervantes separa esta abordagem da globalização como ideologia, que seria a imposição de um modo único de pensar, segundo uma interpretação neoliberal²⁸³. De fato, os processos políticos e econômicos nos anos 80 e 90 impuseram uma concepção de mundo que privilegiava a defesa do livre mercado, com a pretensão de legitimar o seu discurso político através da teoria econômica. Todavia, temos ressalvas quanto ao uso do rótulo “neoliberal”, pois a verificação empírica demonstra que a defesa do livre mercado, no final do século XX, esteve também associada a governos sociais-democratas, o que parece contrariar, neste particular, a tese de Cervantes.

Podemos, a partir das definições acima apontadas, estabelecer alguns pontos em comum. Primeiramente, parece ser um consenso que a revolução tecnológica ocorrida a partir dos anos 70 do século XX, particularmente nas áreas de comunicação e informática, foi fundamental para o processo atual de globalização.

Compreendemos que não estamos diante de um simples acúmulo de tecnologia ao longo dos anos e, sim, de um evento revolucionário, o qual foi capaz de gerar uma ruptura de grandes proporções do paradigma tecnológico estabelecido na primeira metade do século XX. Este salto tecnológico teria alterado a percepção das pessoas em relação ao tempo e ao espaço, aumentando a velocidade das interações sociais e praticamente anulado a barreira

²⁸¹ DINIZ, Eli. Globalização, Reforma do Estado e Teoria Democrática Contemporânea. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação SEADE, dez. 2001. Vol. 15, nº 4, p.13-22.

²⁸² CERVANTES, Salvador Cervantes. De La Globalización, los Estados Nación, El Neoliberalismo y La Modernidade: un Enfoque Interdisciplinario Económico-cultural y de Identidad. **Revista de La Universidad Del Valle de Atemajac**. Zapopan: UNIVA, jan/abr. 2008. Quadrimestral. Ano XXII, nº 60, p. 32-44.

²⁸³ Ibidem, p. 33.

geográfica. É razoável se concluir que esta mudança tecnológica teria influenciado diversos aspectos da vida humana, não se circunscrevendo ao aspecto econômico.

Percebemos, também, haver certo consenso de que este processo faz parte de uma tendência histórica de ampliação dos interesses locais para globais. O que diferenciaria o atual processo de globalização de movimentos anteriores seriam os avanços tecnológicos mencionados.

Não se pode seriamente defender a retirada das aplicações tecnológicas desenvolvidas na segunda metade do século XX da vida das pessoas. Seria descabido qualquer projeto que pretendesse que as pessoas abandonassem seus celulares e computadores e retornassem a um estado de natureza *rousseauiano*. Ademais, é inegável o conforto que várias destas aplicações tecnológicas trouxeram às vidas das pessoas, pelo menos da parcela populacional em condições financeiras de se beneficiar destas inovações. Desta forma, podemos concluir que este aspecto da globalização pode ser considerado como um fato histórico, cabendo ao Direito e ao Estado se adaptarem a esta nova realidade.

Analisaremos, a seguir, um segundo aspecto, mais controvertido, o qual se refere ao discurso político que foi associado ao fenômeno em exame. Trata-se de um discurso que busca se legitimar através da teoria econômica, procurando apresentar determinadas opções políticas como consequências inexoráveis da revolução da tecnologia da informação.

2.9. O Discurso Político Associado à Reestruturação Econômica

A queda do muro de Berlim e o colapso do socialismo soviético encerraram a disputa política acerca de alternativas ao capitalismo, ao menos do ponto de vista simbólico. Estes fatos permitiram a elaboração de um novo discurso hegemônico do capitalismo, definindo-se como um capitalismo global²⁸⁴. Para estes defensores do livre mercado global os benefícios da globalização do mercado seriam capazes de tornar obsoleta a figura do Estado Nacional²⁸⁵.

Particularmente preferimos designar esta corrente pelo uso do termo libertário, ou de defesa do livre mercado, ao invés do termo *neoliberal*, o qual, além de impreciso, carrega uma carga ideológica exagerada. Usando uma terminologia mais precisa, verificamos um retorno das teses libertárias (*libertarians*) e utilitárias do século XVIII, agora apresentadas em versões

²⁸⁴ DUPAS [2006], op. cit., p. 90.

²⁸⁵ Ibidem, p. 90.

mais modernas e sofisticadas, as quais não se confundem com o pensamento liberal, questão esta já analisada anteriormente.

Este novo discurso de defesa do livre mercado tem suas origens na década de 70 do século XX, com as crises do capitalismo. Economistas e teóricos identificaram um estancamento do aumento de produtividade e um crescente desemprego nos países desenvolvidos a partir dos anos 70²⁸⁶. As causas destes problemas foram identificadas por alguns teóricos libertários como sendo os elevados custos do trabalho, dos benefícios sociais e assistenciais e do Estado de Bem-Estar. A fórmula proposta foi a diminuição dos custos do trabalho por três medidas simultâneas e complementares: automação dos processos produtivos, flexibilização dos contratos de trabalho e desregulamentação dos mercados²⁸⁷.

As medidas de liberalização econômica defendidas por estes economistas eram justificadas, à época, pelo futuro aumento da riqueza global que tais ações trariam. Assim, as mazelas que seriam causadas pelo desmonte do Estado de Bem-Estar seriam compensadas pelos ganhos de produtividade. Neste cenário, os mercados dariam conta de neutralizar a pobreza e a miséria. Trata-se da ruptura do modelo fordista-keynesiano, onde este papel era atribuído ao Estado.

O capitalismo racional, baseado no modelo fordista-keynesiano, previa que o progresso ocorreria consolidando-se um ciclo virtuoso de crescimento econômico, baseado no *fordismo* e no *taylorismo* como processo de produção²⁸⁸.

O modelo de produção *fordista* tinha como fundamentos uma detalhada divisão do trabalho, a inovação tecnológica e a produção e consumo de massa. Este modelo chegou à maturidade no pós-guerra, ao ser associado às políticas estatais *keynesianas*. No modelo *fordista-keynesiano*, cabia aos Estados Nacionais o papel de intervenção econômica para garantir condições econômicas estáveis, necessárias à produção e ao consumo. Isto era feito pelo controle dos ciclos econômicos através das políticas monetária e fiscal, pelo investimento público em setores necessários ao crescimento econômico e ao consumo de massa e pelo complemento dos salários através de gastos sociais (seguridade social, assistência médica, educação e habitação)²⁸⁹.

²⁸⁶ RODAS. op. cit., p. 111.

²⁸⁷ Ibidem, p. 111..

²⁸⁸ DUPAS [2006], op. cit., p. 138-139.

²⁸⁹ HARVEY, op. cit., p. 121-134.

O Estado *keynesiano* deveria intervir seletivamente na economia, através de investimentos em grandes empreendimentos de infraestrutura e fornecimento de capital a baixo custo para atividades estratégicas²⁹⁰. Por outro lado, a manutenção de uma rede de benefícios sociais à população garantiria a continuidade do consumo e realimentaria o círculo virtuoso. Caberia à ciência suprir o sistema de produção com inovações, garantindo a produção de novos produtos, de forma a manter a expansão do consumo e o pleno emprego. A evolução tecnológica seria um motor capaz de garantir um permanente impulso para frente, o que permitiria o constante crescimento econômico de um país. Graças ao Estado de bem-estar social, este ininterrupto crescimento econômico conduziria a um desenvolvimento social²⁹¹.

Segundo o discurso econômico estabelecido nos anos 80, referidos na abertura deste item, o modelo fordista-keynesiano não poderia prosperar, pois o custo estatal era alto demais. Nesta ótica, a prosperidade do capitalismo dependeria da redução dos custos, incluídos aí os custos do trabalho e os custos sociais. Mas teria o modelo fordista-keynesiano realmente entrado em crise pelos seus custos elevados?

Para Harvey, a crise do modelo foi decorrência do *excesso de fundos*, ou seja, da excessiva impressão de papel moeda para manter a economia estável e atender às demandas sociais, aliado a uma excessiva capacidade ociosa das corporações²⁹². Este excesso de fundos das grandes economias ocidentais não podia ser reinvestido na atividade produtiva, tendo sido redirecionado do setor produtivo para o setor financeiro, gerando forte inflação e uma crise mundial dos mercados imobiliários. O modelo teria entrado em crise aguda na recessão de 1973, a qual foi exacerbada pelo choque do petróleo²⁹³, colocando em questionamento o compromisso fordista-keynesiano²⁹⁴.

Podemos ainda incluir entre os fatores que causaram a crise do modelo fordista-keynesiano o fim do padrão-ouro (*gold exchange standard*), ocorrido em 1971. O padrão-ouro garantia a paridade da moeda norte-americana com um ativo real, no caso, com o ouro. A revogação do padrão-ouro, adotada unilateralmente pelo governo norte-americano, encerrou o

²⁹⁰ DUPAS [2006], op. cit., p. 138-139.

²⁹¹ Ibidem, p. 138-139.

²⁹² HARVEY, op. cit., p. 136-137.

²⁹³ José Eduardo Faria também inclui entre os fatores da mudança econômica os choques do petróleo de 1973 e de 1979, resultando cumulativamente num aumento de cinco vezes o valor do barril. Esse choque teria desnivelado subitamente os preços, provocando uma crise generalizada de lucratividade. FARIA [2000a], op. cit., p. 63.

²⁹⁴ HARVEY, op. cit., p. 135-141.

ciclo no qual o dólar cumpria o papel de reserva internacional estável, levando à flutuação do câmbio e à desorganização do sistema de regulação financeira e cambial²⁹⁵.

Gilberto Dupas apresenta uma teoria para a crise estrutural da economia a partir dos anos 70. Entre outros fatores, o significativo investimento em tecnologia teria gerado um ininterrupto aumento da capacidade produtiva, sem o correspondente aumento da demanda, o que teria gerado sobras de produção e capacidade ociosa no setor empresarial, com perdas de lucratividade. Esta sobrecapacidade industrial, aliada ao aumento da concorrência internacional, teria gerado a crise estrutural dos anos 70²⁹⁶.

A busca de alternativas para o investimento fez a classe empresarial dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)²⁹⁷ a deslocar, a partir dos anos 70 e 80, recursos da produção para o setor financeiro. O resultado foi a queda da taxa de crescimento e o aumento do desemprego. Os problemas da economia se refletiram no Estado de bem-estar social, ao menos no cenário europeu e norte-americano. Os problemas econômicos acarretaram o aumento dos custos das políticas sociais justamente em razão do maior número de desempregados e dependentes da ajuda estatal. Este aumento das despesas públicas nos países economicamente mais desenvolvidos gerou um desequilíbrio nos balanços de pagamento e aumento da dívida pública, gerando um ciclo decrescente de estagnação e inflação²⁹⁸. Este processo não foi diretamente reproduzido na América Latina, que vivia um período político distinto, estando submetida aos regimes militares e a um Estado com pequeno investimento social. Todavia, os problemas das economias da OCDE tiveram reflexos na África e na América Latina.

Manuel Castells aponta como um dos fatores da crise dos países da OCDE o crescimento do fluxo financeiro em 1970, em razão dos petrodólares da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) e dos eurodólares das multinacionais norte americanas. Não havendo demanda de investimentos financeiros nos países da OCDE, cuja economia encontrava-se em declínio, uma parcela substancial destes empréstimos foi concedida aos países da América Latina e África. O subsequente aumento das taxas de juros e o alto nível de

²⁹⁵ FARIA [2000a], op. cit., p. 63.

²⁹⁶ DUPAS [2006], op. cit., p. 139.

²⁹⁷ Países membros da OCDE até junho de 1971: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, EUA, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda (Países Baixos), Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia. Fonte: OCDE. **Ratification of the Convention on the OECD: OECD Member Countries.** Disponível em: <http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_201185_1889402_1_1_1_1,00.html>. Acesso em 29 ago. 2010.

²⁹⁸ DUPAS [2006], op. cit., p. 140.

endividamento destes países gerou a crise da dívida, que estrangulou os países latino-americanos e africanos na década de 1980²⁹⁹.

Não pretendemos, no presente estudo, esgotar a análise dos motivos da estagnação econômica e crise estrutural deste período, a qual admite múltiplas interpretações. Fato é que esta crise existiu. A crise econômica dos anos 70 e 80, a conjuntura política, o alto endividamento estatal e o questionamento do papel do Estado de bem-estar criaram as condições propícias para a difusão, a partir dos anos de 1980, do que podemos chamar de “discurso da globalização”.

Alguma solução havia de ser tomada para resolver o problema econômico estrutural dos anos 70 e 80 e salvar o capitalismo. Assim, neste contexto, o discurso político dominante passou a indicar culpados e salvadores. Os culpados, para esta corrente política, seriam o Estado, o excesso de regulamentação e os sistemas de proteção social. Os salvadores seriam o mercado e a liberdade econômica. A tábua de salvação foi vista em um novo discurso, que pregava a abertura de mercados, a diminuição de gastos governamentais e a menor intervenção do Estado na economia, ou seja, o discurso contemporâneo de defesa do livre mercado.

Jacques Chevalier aponta um processo de reavaliação do papel do Estado e do fim do protetorado estatal nos anos 1970³⁰⁰, época na qual teria se encerrado o movimento de expansão estatal. Para Chevalier, esta reavaliação ocorreu pela pressão de três conjuntos de fatores: ideológicos, econômicos e políticos³⁰¹. Os fatores ideológicos seriam a crítica ao Estado totalitário, as disfunções do Estado-Providência e o desvio estatal nos países em desenvolvimento. O fator econômico seriam as crises do petróleo. Os fatores políticos seriam o retorno do pensamento libertário³⁰² e a decadência dos regimes de partido único.

Aqui, devemos fazer uma ressalva. Entendemos ser polêmica a afirmação de Chevalier de que o retorno do pensamento libertário teria sido um fator político para a reavaliação do papel do Estado. Estamos de acordo que a ascensão ao poder, nos anos 80 e 90, nos EUA e no Reino Unido, de políticos cuja plataforma eleitoral estava pautada na menor intervenção

²⁹⁹ CASTELLS, op. cit., p. 177.

³⁰⁰ CHEVALIER, op. cit. p. 29.

³⁰¹ Ibidem, p. 29.

³⁰² O autor usa o termo liberalismo. Fizemos a adaptação para pensamento libertário, para a manutenção da coerência de terminologia usada ao longo do texto.

estatal foi um fator político importante para o processo descrito por Jacques Chevalier. Todavia, não temos a pretensão, nem a necessidade, de ir além desta afirmação.

A crise do Estado-Providência nos países da OCDE ocorreu em dois tempos. Primeiramente, na década de 1970, com a crise da representação e da legitimidade estatal e com o reaparecimento do tema da ineficiência do Estado. Neste momento, começou-se a culpar o intervencionismo estatal, que prejudicaria a economia de mercado, e as políticas sociais, que não permitiriam reduzir as injustiças e desigualdades e ainda produziriam efeitos perversos. O Estado passou a ser percebido como opressivo e as políticas sociais como um mecanismo de transformação do cidadão em um assistido passivo e irresponsável³⁰³.

A segunda fase da crise do Estado-Providência ocorreu com a subida ao poder do governo de Margareth Thatcher, no Reino Unido, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, no final dos anos 70 e início dos 80. Este fato político permitiu o surgimento de uma agenda de ataque ao Estado. As assim designadas intervenções e regulamentações exageradas, desordenadas e ineficazes seriam a fonte de todos os males da sociedade³⁰⁴. Em última análise, para este grupo político, seria o Estado de bem-estar social o culpado pela crise econômica estrutural dos países desenvolvidos na década de 1970.

Esta concepção política acabou sendo parcialmente difundida mesmo em países latino-americanos. Este aspecto é interessante, quando consideramos as realidades bastante distintas dos países da OCDE em relação aos países latino-americanos, neste período. É curioso perceber que o discurso do excesso de gastos estatais e sociais foi incorporado aos países latino-americanos a despeito destes países não terem chegado a implantar um Estado de bem-estar social no modelo europeu.

O discurso político de defesa do livre mercado reintroduziu a noção, descrita por Rodas como “ficção”, de que a competição seria capaz de resolver, por si mesma e de maneira automática, todos os problemas sociais. O discurso do livre mercado afirma a necessidade de que a lógica e a dinâmica do mercado determinem todos os aspectos da vida contemporânea, supondo a liberdade econômica como um requisito da liberdade política³⁰⁵. Esta ideologia se converteu num programa político, o qual, aliado a uma teoria econômica libertária, pretendeu ser visto como uma descrição da realidade³⁰⁶. Podemos citar como exemplos de esforços para

³⁰³ CHEVALIER, op. cit., p. 29.

³⁰⁴ Ibidem, p. 30.

³⁰⁵ RODAS, op. cit., p. 130-131.

³⁰⁶ Ibidem, p. 130-131.

a legitimação deste discurso político os trabalhos de Friedrich Hayek e da Sociedade *Mont Pèlerin*³⁰⁷; a pretensão de reforma política da América Latina segundo as linhas do “Consenso de Washington”, como proposto por John Williamson³⁰⁸; os trabalhos da “Escola de Chicago” (*Chicago School of Economics*)³⁰⁹; e, na Alemanha, os trabalhos da *Freiburg School* e dos *Ordoliberalen* (Ordoliberais)³¹⁰.

A Sociedade Mont Pèlerin, criada em 1947 e ativa até hoje, reúne diversos intelectuais que assessoraram os principais governos do século XX³¹¹. Entre seus membros estão nada menos do que oito vencedores do prêmio Nobel de economia: Friedrich Hayek (1974), Milton Friedman (1976), George Stigler (1982), James M. Buchanan (1986), Maurice Allais (1988), Ronald Coase (1991), Gary Becker (1992) e Vernon Smith (2002)³¹². Formada logo após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade foi constituída como uma reação intelectual ao surgimento de Estados totalitários na Europa, particularmente ao nazismo alemão³¹³. Seus objetivos, como definidos pela própria Sociedade, eram de “fortalecer os princípios e a prática de uma sociedade livre e estudar os trabalhos, virtudes, e defeitos dos sistemas econômicos orientados para o mercado”³¹⁴. Entre seus propósitos está o de alertar quanto ao “perigo na expansão do governo, não menos importante no Estado de Bem-Estar, do poder dos sindicatos e dos monopólios comerciais, e na contínua ameaça e realidade da inflação”³¹⁵.

³⁰⁷ A sociedade Mont Pèlerin (*Mont Pèlerin Society*) tem este nome pelo fato da sua primeira reunião ter sido feita em Mont Pèlerin, na Suíça, em 1947. ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 09-23; e PLEHWE, Dieter. Introdução in MIROWSKI, Philip; e PLEHWE, Dieter (Ed.). **The Road From Mont Pèlerin**: The Making of the Neoliberal Thought Collective, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

³⁰⁸ WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus in SERRA, Narcis; e STIGLITZ, Joseph E. **The Washington Consensus Reconsidered**: Towards a New Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 2008.

³⁰⁹ A “Escola de Chicago” de Economia (*Chicago School of Economics*) é uma referência à corrente de pensamento econômico composta por vários membros associados à Universidade de Chicago. Os principais pontos desta corrente são a ênfase na teoria econômica neoclássica, a defesa de uma economia de mercado individualista e a aplicação de princípios econômicos para analisar todos os aspectos da vida humana. Entre os economistas que aderem a este tipo de pensamento podemos citar Milton Friedman, George Stigler, Frank Knight, Jacob Viner e Henry Simons. MILLER JR., H. L. On the ‘Chicago School of Economics’ in WOOD, John Cunningham; e WOODS, Ronald N. (org.). **Milton Friedman Critical Assessments**. p. 80-88.

³¹⁰ VANBERG, Viktor J. **The Freiburg School**: Walter Eucken and Ordoliberalism. Freiburg: Walter Eucken Institut, 2011; e HESPANHA, op. cit., p. 362.

³¹¹ ANDERSON, op. cit., p. 09-10. PLEHWE, op. cit., p. 17-21.

³¹² A informação consta do próprio site da Sociedade Mont Pèlerin. Disponível em <<https://www.montpelerin.org/montpelerin/mpsMembers.html>>. Acesso em 31 jan. 2012.

³¹³ ANDERSON, op. cit., p. 09-10.

³¹⁴ Texto original: “strengthening the principles and practice of a free society and to study the workings, virtues, and defects of market-oriented economic systems”. Tradução do Autor. Disponível em <<https://www.montpelerin.org/montpelerin/mpsAbout.html>>. Acesso em 31 jan. 2012.

³¹⁵ Como definido na página de abertura do sítio eletrônico da Sociedade Mont Pèlerin. Texto original: “danger in the expansion of government, not least in state welfare, in the power of trade unions and business monopoly,

Verifica-se, portanto, no pensamento da Sociedade *Mont Pèlerin*, a mistura de dois conceitos teoricamente distintos: o de uma sociedade livre e o de um sistema econômico orientado para o mercado. Este tipo de pensamento embute uma premissa, questionável, de que conceitos como democracia e liberdade estariam relacionados a um sistema econômico baseado no livre mercado e a um sistema político baseado num Estado mínimo. Essas ideias básicas de *Mont Pèlerin* tornaram-se a definição da corrente de pensamento político e econômico definida como “neoliberal”. Nas palavras de John Williamson, “eu uso a palavra ‘neoliberal’ no seu sentido original, para me referir às doutrinas defendidas pela Sociedade Mont Pèlerin”³¹⁶.

Neste contexto, o movimento de abertura de mercados e a alteração do sistema econômico ocorridos na segunda metade no século XX não parecem ter sido o produto aleatório da inovação tecnológica ou da mudança fortuita de padrões sociais. Ao contrário, é razoável se supor que tais mudanças estejam associadas à popularização de teorias econômicas e políticas baseada nas premissas de *Mont Pèlerin*.

A inovação tecnológica e as empresas transnacionais foram dois aspectos importantes para o processo de globalização da economia³¹⁷. Sem os avanços tecnológicos da informática e das comunicações, a globalização da economia não seria operacionalmente viável. Sem as grandes corporações transnacionais, não haveria recursos financeiros, organizacionais e econômicos para a integração global das economias e da produção³¹⁸.

Todavia, nem a tecnologia, nem as empresas transnacionais poderiam, sozinhas, ter desenvolvido a economia global nos moldes do livre mercado. Os governos e as instituições internacionais foram decisivos para esta reestruturação do capitalismo global. Podemos identificar, como faz Manuel Castells, particularmente no G-7³¹⁹ o início desta mudança, a qual passou a ser implementada por três organismos auxiliares: o FMI (Fundo Monetário Internacional), o Banco Mundial e, posteriormente, a Organização Mundial do Comércio (OMC).

and in the continuing threat and reality of inflation”. Tradução do autor. Disponível em <<https://www.montpelerin.org/montpelerin/home.html>>. Acesso em 31 jan. 2012.

³¹⁶ “I use the word ‘neoliberalism’ in its original sense, to refer to the doctrines espoused by the Mont Pelerin Society”. Tradução do Autor. WILLIAMSON, op. cit., p. 16, N. R.

³¹⁷ GIDDENS, op. cit., p. 60-66.

³¹⁸ Ibidem, p. 65-66.

³¹⁹ Grupo dos 7 países mais ricos do mundo (G-7): EUA, Reino Unido, França, Alemanha (à época, somente a Alemanha ocidental), Itália, Canadá e Japão.

Aqui, há que se fazer uma clara ressalva. Não compartilhamos da ideia, relativamente difundida no senso comum e defendida por alguns teóricos de esquerda³²⁰, que atribui ao FMI, à OMC e ao Banco Mundial o papel de ferramentas do “imperialismo norte-americano”³²¹ e lhes imputa a culpa pelas mazelas dos países latino-americanos. Os problemas econômicos e sociais da América Latina são complexos e muito mais antigos do que o processo de reestruturação econômica dos últimos quarenta anos. Não pretendemos analisar nestas breves páginas todas as causas dos problemas econômicos e sociais da América Latina. Entendemos, todavia, que seria uma simplificação a pretensão de se encontrar nos mecanismos de abertura do mercado econômico a causa de todos estes males. Assim, ainda que reconheçamos que há evidências que sugerem que estes institutos internacionais tenham, de fato, procurado impor uma pauta política aos países latino-americanos e africanos de abertura de mercados, isto não implica dizer que concordamos com o raciocínio que atribui genericamente a estes organismos e aos países mais ricos os problemas sociais e econômicos dos países mais pobres, tese esta complexa, questionável e que foge ao intento deste trabalho. O que pretendemos analisar é tão somente o papel que estes organismos exerceram na liberalização econômica e na abertura dos mercados, questão de escopo bem menor.

A base do discurso da globalização estava pautada em três políticas centrais: a desregulamentação da atividade econômica, particularmente do mercado financeiro; a liberalização do comércio e dos investimentos internacionais, com a livre entrada e saída de capitais e produtos pelos diversos países; e a diminuição do Estado, com a privatização de empresas estatais e reestruturação dos sistemas previdenciários³²². Não teria sido possível a implantação desta pauta de reformas sem a adesão política dos diversos países. Assim, apesar dos aspectos tecnológicos e econômicos terem sido importantes, foi a decisão política que permitiu que o discurso do livre mercado global saísse do campo das ideias e fosse aplicado na prática.

Podemos apontar a cronologia desta reestruturação econômica como tendo início na primeira metade da década de 70, quando os Estados Unidos aboliram os controles do capital

³²⁰ Como, por exemplo, Pierre Bourdieu, Loïc Wacquant, Armando Boito Júnior e Octavio Ianni. BOURDIEU, Pierre e WACQUANT, Loïc. A nova bíblia do Tio Sam. Fórum Social Mundial, **Non!**, mar. 2001. Disponível em < <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/24.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2012; BOITO JÚNIOR, Armando. Hegemonia Neoliberal e Sindicalismo no Brasil. **Crítica Marxista**, nº 3, São Paulo, Editora Brasiliense, 1996; e IANNI, Octavio. O Estado-Nação na época da globalização. **Revista Econômica**, Vol. I, nº 1, junho de 1999, p. 105-118.

³²¹ IANNI, op. cit., p. 106 e 109-110.

³²² CASTELLS, op. cit., p. 178.

internacional³²³. Esta fase marca o fim da era *Bretton Woods*³²⁴, com o término do padrão-ouro e o início da política de câmbio flutuante. Assim, passou-se a ter o dólar-flexível, uma moeda central, usada como referência, a qual não estava atrelada a um ativo real. Com ativos referidos em dólar, os proprietários passaram a ter acesso a mercados mais líquidos, com o dólar sendo usado como segurança e referência contratual³²⁵. A flexibilização do dólar e a quebra do padrão-ouro ocorreram quase que simultaneamente ao processo de desregulamentação da economia, através de duas medidas repetidas por outros países integrados ao sistema monetário internacional: liberalização dos fluxos financeiros internacionais, que significa dizer a remoção dos controles sobre os movimentos financeiros entre residentes e não-residentes; e a desregulamentação dos sistemas financeiros nacionais, que quer dizer a redução das restrições internas, de natureza legal e institucional, às atividades financeiras³²⁶. Como efeito deste processo, houve um aumento do volume e da mobilidade dos fluxos de capitais, bem como o aumento da instabilidade cambial. Estudo de Maurício Metri, comparando as cotações do marco, do dólar e do iene, demonstra bem o aumento de volatilidade destas moedas a partir dos anos 1970 e, mais agudamente, dos anos 1980³²⁷.

A década de 1970 foi o berço de novas criações do mercado financeiro, como novos produtos e derivativos de maior volatilidade e risco. Em 1972, em Chicago, foi criado o mercado de opções³²⁸. Em 1975, foi lançado o primeiro contrato futuro de taxa de juros. Os mercados de *hedge* e derivativos, criados justamente para dar maior estabilidade financeira contra as variações cambiais e flutuações do mercado³²⁹, acabaram sendo o alicerce da especulação e alavancagem financeira.

O momento decisivo ocorreu com os governos Reagan (EUA) e Thatcher (Reino Unido), sob uma agenda política de defesa do livre mercado³³⁰. A Inglaterra aboliu os controles sobre a bolsa de valores em 1980 e atingiu a desregulamentação completa do

³²³ CASTELLS, op. cit., p. 179.

³²⁴ Acordo firmado em 1944, na cidade de Bretton Woods, New Hampshire, EUA, com representantes de 44 países, no qual se definiu as regras do sistema financeiro do pós-guerra. Com grande influência do próprio John Keynes, o acordo pretendeu regular o sistema financeiro internacional e deu origem a importantes organismos internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). SCALIGER, Charles. Bretton Woods. In **New American**, 22 dez. 2008, Vol. 24, nº 26, p. 31-36.

³²⁵ METRI, Maurício. O Poder Financeiro dos Estados Unidos no Padrão Monetário Dólar-Flexível. In **IX Encontro Nacional de Economia Política**, 2004, Uberlândia. Anais. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/>>.

Acesso em: 2 fev. 2012. p. 3-5.

³²⁶ Ibidem, p. 3-6.

³²⁷ Idem, p. 6.

³²⁸ CASTELLS, op. cit., p. 179.

³²⁹ METRI, op. cit., p. 6.

³³⁰ CASTELLS, op. cit., p. 179.

mercado financeiro em 1987. Processos similares de desregulamentação financeira ocorreram na França, na Alemanha, em Hong Kong e em Cingapura, nos anos 1980³³¹.

A opção política de defesa do livre mercado teve seus reflexos na Europa. O primeiro sintoma ocorreu com o desastre econômico do governo Mitterrand, na França do início dos anos 1980. Mitterrand adotou uma política de redução das jornadas de trabalho, aumento de salários e de benefícios sociais sem considerar o alto nível de integração das economias europeias existente no quarto final do século XX. A reação dos mercados foi forte. Seu governo foi obrigado a desvalorizar o franco e passar por uma guinada completa na sua política econômica³³².

Num mundo de economia globalizada e integrada, com livre fluxo de capitais, não é difícil se entender não ser mais possível a um Estado Nacional mudar, de forma isolada, a agenda política. Trata-se de uma profecia autorrealizável: o Estado que pretender fugir das regras do livre mercado acaba por afastar o capital internacional, o qual só tende a investir nos Estados que concordem com as regras do livre mercado. Com o afastamento do capital internacional e das empresas transnacionais, o destino destas economias é estagnar.

Como aponta Ulrich Beck, o processo de reestruturação econômica, aliado às políticas de defesa do livre mercado, acabou por minar a capacidade dos Estados nacionais de estabelecerem as suas agendas políticas e econômicas. A integração dos mercados permitiu que a produção fosse repartida ao longo do globo. As empresas transnacionais exportaram os empregos para os países onde os custos do trabalho fossem mais baratos. Os investimentos seguiram para onde havia maior retorno, com menor regulação e tributação. A globalização permitiu que as empresas passassem a poder decidir onde estariam as diversas etapas da sua produção, onde investiriam e onde pagariam impostos, sendo tais locais independentes do destino dos bens e produtos. Assim, o mercado pôde passar a controlar os governos, barganhando pelas melhores condições tributárias, melhor infraestrutura e menor regulação. Se um determinado país parecer ser muito caro ou pouco amigável aos investimentos, passa a ser punido pelo mercado, com o afastamento dos investidores e a retirada do capital. Tal política eventualmente acabaria forçando o país a rever a sua política econômica³³³.

³³¹ CASTELLS, op. cit., p. 180.

³³² Ibidem, p. 180.

³³³ BECK, Ulrich. Beyond the Nation State. *New Statesman*, 12 jun. 1999, vol. 128, nº 4465, p. 25-27.

Pois bem, as novas condições do livre mercado forçaram os governos a competirem entre si pelo menor custo, menor carga de impostos e melhores investimentos em infraestrutura e logística. Esta nova conjuntura permitiu a popularização do conceito de social democracia, denominada de política da “terceira via” por Giddens³³⁴, também chamada de “novo trabalhismo”. A política de terceira via buscava aliar um compromisso com os valores da justiça social e da solidariedade com as realidades da nova ordem global³³⁵. A terceira via adotou um discurso de pragmatismo econômico, aderindo plenamente aos princípios da economia de livre mercado, cujas imperfeições seriam mitigadas por uma agenda social³³⁶. Podemos apontar como símbolos deste tipo de política os governos de Felipe Gonzales, na Espanha, e Helmut Kohl, na Alemanha.

Considerando os riscos de “punição pelo mercado” que os países que não aderissem à agenda econômica de livre mercado corriam, não é de se estranhar que, no final do século XX, 13 dos então 15 países da União Europeia fossem administrados por governos sociais democratas, os quais, ainda que com vernizes distintos, praticavam esta mesma estratégia pragmática da terceira via³³⁷.

Na década de 90, a expansão do discurso político do livre mercado foi institucionalizada e passou a ser difundida através de mecanismos formais. Um pacote pronto de medidas econômicas heterodoxas concebidas na Universidade de Chicago, no MIT e em Harvard, popularizado como “Consenso de Washington”, passou a ser imposto aos países pela tríade Banco Mundial, FMI e OMC. Na verdade, o poder destas instituições era mais simbólico do que econômico. A aprovação por estas instituições das políticas econômicas nacionais dos diversos países era um selo de qualidade, que significava a adesão às regras do novo capitalismo global. Somente depois da abertura da economia destes países e adesão à ideologia do livre mercado é que haveria a entrada do capital global. Os países que se recusassem a adotar o Consenso de Washington poderiam virar párias do capitalismo e serem condenados ao ostracismo e isolamento econômico³³⁸. Trata-se, aqui, de uma profecia autorrealizável: os países que não aderissem às regras do livre mercado iriam ter um desempenho econômico ruim precisamente porque as estruturas do mercado puniam os países que não aderissem à lógica do livre mercado.

³³⁴ GIDDENS, *op. cit.*, p. 355-356.

³³⁵ *Ibidem*, p. 355-356.

³³⁶ CASTELLS, *op. cit.*, p. 180.

³³⁷ *Ibidem*, p. 180.

³³⁸ *Idem*, p. 181.

O termo “Consenso de Washington” (*Washington Consensus*) foi cunhado por John Williamson, o qual teria usado a expressão pela primeira vez em 1989 num texto para a conferência organizada pelo *Institute for International Economics* (Instituto para Economia Internacional - IEE) para a discussão de mudanças políticas e econômicas que estavam em curso na América Latina³³⁹. O debate surgiu em virtude das dúvidas existentes no âmbito do Congresso Norte-Americano quanto ao êxito do Plano Brady, um plano anunciado em março de 1989 para a redução da dívida dos países do Terceiro Mundo³⁴⁰. Esse plano era focado principalmente em seis grandes países devedores: Argentina, Brasil, Chile, México, Filipinas e Venezuela, os quais, juntos, respondiam por 75% do volume de empréstimos dos bancos norte-americanos em países em desenvolvimento³⁴¹. O Plano Brady previa uma redução na dívida desses países, a qual seria associada a reformas econômicas a serem adotadas sob a supervisão do FMI e do Banco Mundial³⁴².

Como uma resposta aos questionamentos do Congresso norte-americano quanto ao sucesso do Plano Brady e à capacidade dos países latino-americanos reformularem a sua política econômica, John Williamson apresentou na Conferência do IEE um trabalho intitulado “*What Washington Means by Policy Reform*” (O Que Washington Quer Dizer por Reforma Política), o qual trazia uma lista de dez medidas políticas que deveriam ser adotadas por todos os países, sobre as quais haveria um razoável consenso em Washington. Essa lista de medidas foi designada como “*Washington Consensus*” (Consenso de Washington). O próprio texto explicava a abrangência do termo “Washington”: ele designava tanto a Washington “*política*”, ou seja, os membros do Congresso Norte-americano e dos altos escalões do Executivo; e a Washington “*tecnocrata*”, que seriam as instituições financeiras internacionais, as agências econômicas do governo norte-americano, o *Federal Reserve Board* (Conselho do Banco Central norte-americano) e os *think tanks* (“tanques de ideias”, ou seja, instituições destinadas à pesquisa e análise)³⁴³.

O “Consenso de Washington” foi concebido por Williamson como uma lista de dez medidas que deveriam ser adotadas por todos os países: disciplina fiscal; reordenação das prioridades de gastos, retirando subsídios da saúde, educação e infraestrutura e alocando em gastos favoráveis ao crescimento e aos pobres; reforma fiscal; liberalização das taxas de juros

³³⁹ WILLIAMSON, op. cit., p. 14-15. PLEHWE, op. cit., p. 7.

³⁴⁰ SACHS, Jeffrey. Making the Brady Plan Work. *Foreign Affairs*, nº 68 (verão, 1989b), p. 87-104.

³⁴¹ Ibidem, p. 92.

³⁴² Idem, p. 92.

³⁴³ WILLIAMSON, op. cit., p. 14-15.

e do setor financeiro; taxa de câmbio competitiva; liberalização do comércio; liberalização dos investimentos estrangeiros diretos; privatização; desregulamentação; e garantia dos direitos de propriedade³⁴⁴.

Esses dez axiomas descritos por John Williamson passaram a retratar o pensamento econômico hegemônico da década de 1990, implicando numa mudança da política econômica, a qual teria migrado do *dirigismo estatal*, de cunho keynesiano, para uma *política orientada pelo mercado*³⁴⁵.

Podemos questionar, como faz Manuel Castells, qual motivo teria levado aos diversos governos a abraçarem a imposição de abertura dos mercados em detrimento do seu próprio poder de tomar decisões políticas no campo econômico? A questão é complexa, e passa, como aponta Castells, pela percepção dos interesses estratégicos de cada Estado, pelo contexto ideológico, pelos interesses pessoais das pessoas no poder e pelo ganho político trazido por esta adesão³⁴⁶. Podemos considerar que havia um receio dos governantes quanto ao risco - bastante real - de punição pelo mercado financeiro dos países não amigáveis às regras do livre mercado³⁴⁷. Temos que levar em conta, também, que havia uma corrida sendo travada entre os diversos governos em busca da captação do grande volume de dólares oriundos do mercado financeiro, os quais, por força dos fenômenos econômicos em exame, passaram a circular no mercado internacional³⁴⁸. Devemos apontar, ainda, que predominava no discurso político do final do século XX a percepção de associação imediata entre democracia, liberdade e economia de livre mercado³⁴⁹. Nesta ótica, no caso específico dos países latino-americanos, podemos supor ter parecido um passo natural aos governos destes países que o processo de redemocratização estaria, de certa forma, associado à adesão às regras do livre mercado.

³⁴⁴ WILLIAMSON, op. cit., p. 16-17.

³⁴⁵ GORE, Charles. The Rise and Fall of the Washington Consensus as a Paradigm for Developing Countries. **World Development**, vol. 28, nº 5, p. 799-804, 2000.

³⁴⁶ CASTELLS, op. cit., p. 183.

³⁴⁷ EVANS, Peter. The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization. **World Politics**, v. 50, n. 1, oct. 1997. p. 67.

³⁴⁸ No caso brasileiro, a hipótese de existência de uma corrida pelos dólares que circulavam no mercado internacional é confirmada pelo próprio ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: a História que Vivi**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 447-448.

³⁴⁹ CONDÉ, Eduardo Salomão. **Refletindo sobre Variedades de Capitalismo e o Lugar da Política: Brasil e Coreia do Sul**. Disponível em <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/20_6_2010_13_58_18.pdf>. Acesso em 26 jan. 2012. p. 14.

Dupas também se detém no estudo das causas do alastramento do discurso libertário moderno³⁵⁰. Ele aponta, entre outras explicações plausíveis, que a enorme massa de dinheiro internacional gerada pela especulação cambial e pela desregulamentação do mercado de capitais e derivativos, ainda que virtual, ou seja, desatrelada de ativos concretos, passou a exercer um poder muito real, sendo capaz de gerar crises e desastres econômicos³⁵¹. Este poder financeiro teria sido suficiente para convencer, ou mesmo intimidar, os Estados Nacionais a adotarem o modelo de livre comércio.

Concordamos particularmente com a explicação oferecida por Castells, relativa ao interesse político dos novos líderes que assumiram o governo dos seus países no final da década de 1980 e início dos anos 90. A maioria destes novos líderes chegou ao poder em consequência de uma situação economia desfavorável em seus países e buscavam consolidar o poder melhorando o desempenho econômico nacional. E, de fato, a integração de seus países ao mercado global foi uma solução econômica que garantiu o crescimento econômico destes países. Foi assim com Menem na Argentina, Felipe Gonzales na Espanha, Rajiv Ghandi na Índia, Fujimori no Peru, Jiang Zemin e Zhu-Rongji na China, Yeltsin na Rússia e, no caso brasileiro, com o governo Fernando Henrique³⁵².

No Brasil, o plano real e a subsequente era Fernando Henrique Cardoso são um exemplo didático da agenda da terceira via³⁵³. A regra para o sucesso³⁵⁴ era conhecida: privatização das grandes empresas estatais; abertura de mercados estratégicos, como telecomunicações, energia, petróleo, transportes, mineração e infraestrutura ao investimento internacional; reforma dos sistemas previdenciários; criação das agências reguladoras; diminuição da intervenção estatal na economia; corte de gastos públicos; estabilização

³⁵⁰ Referido por Dupas como neoliberal. DUPAS [2001], op. cit., p. 113.

³⁵¹ Ibidem, p. 113.

³⁵² CASTELLS, op. cit., p. 185.

³⁵³ A adesão à Terceira Via foi expressamente confirmada ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso e devidamente institucionalizada. Fernando Henrique cita, inclusive, um encontro dos líderes da Terceira Via, ocorrido em Florença, em 1999, do qual teria participado o então presidente Clinton (EUA) e os primeiros-ministros Massimo D'Alema (Itália), Gerhard Schoeder (Alemanha), Jospin (França) e Tony Blair (Reino Unido), nos quais os dirigentes da Terceira Via definiam e propagavam as melhores práticas de governo a serem adotadas pelas nações emergentes. CARDOSO, op. cit., p. 633.

³⁵⁴ Reconhecemos, todavia, que o sucesso econômico da era FHC é sujeito ao debate. Considerando os dados da série histórica do PIB apresentados pelo IPEA, a era Fernando Henrique, a contar da sua posse como Ministro da Fazenda (1993) até o final da sua segunda presidência (2002) teve um crescimento anual médio do PIB de 2,95%, superior, portanto, ao resultado do decênio imediatamente anterior (1983-1992), cuja média foi de 1,61% ao ano. Todavia, este resultado se inverte no comparativo década a década. A década de 1990 (1990-1999) teve um crescimento médio de 1,81%, inferior, portanto, ao da década de 1980 (1980-1989), que foi de 3,01%. Dados: INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Boletim de Conjuntura**, nº 71, dez. 2005. VIII - Séries históricas, tab. VIII.1. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/bccj/bc_71u.pdf>. Acesso em 2 jul. 2012.

inflacionária; e adesão ao sistema de câmbio flutuante. Como ocorreu nos países que aderiram à política da terceira via, as políticas econômicas de liberalização foram associadas a uma agenda de políticas sociais.³⁵⁵

É neste contexto que passamos a ter, no Brasil, na década de 1990, a figura das Agências Reguladoras³⁵⁶, construção administrativa importada do sistema político norte-americano. Essas agências, apresentadas como autarquias de regime especial, passaram a desempenhar a atividade normativa regulatória, referida pelos norte-americanos como *Administrative Law* (Direito Administrativo-Regulatório)³⁵⁷, normatizando investimentos em setores como a telefonia, energia, mercado financeiro, infraestrutura viária e portuária, entre outros. Assim, sua criação se deu num contexto no qual era necessário se regulamentar, e dar garantias, à entrada do capital internacional no Brasil. Nesta ótica, as agências reguladoras foram uma ferramenta para entrada do Brasil no novo modelo de capitalismo do livre mercado.

Pois bem, como anteriormente assinalado, este segundo aspecto da globalização, o da adesão às regras do livre mercado, somente é parcialmente associado ao fenômeno da revolução da tecnologia da informação de que falamos no item anterior. Na verdade, o novo capitalismo global, como apontamos, é uma construção política, a qual somente se tornou viável por uma decisão dos governantes das principais economias do mundo, com a subsequente adesão de inúmeros países a estas mesmas regras.

Por outro lado, verificamos que a adesão às regras do livre mercado global representou um ganho político e econômico aos líderes da terceira via, ao menos do ponto de vista imediato. Como apontado, a aderência à doutrina da economia orientada para o livre mercado

³⁵⁵ COHN, Amélia. As Políticas Sociais no governo FHC. **Tempo Social**. Revista de Sociologia da USP, v. 11, nº 2, out. 1999, p. 183-197.

³⁵⁶ Como explica Humberto Falcão, as Agências Reguladoras e o aparato regulatório foram implementados dentro de um conjunto de reformas na gestão pública para “atrair investimentos para a privatização, estabelecimento de novos marcos regulatórios em mercados sociais e obtenção de autonomia e flexibilidade”. MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado na Era FHC: Diversidade ou Fragmentação da Agenda de Políticas de Gestão Pública. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (ReRE)**. Nº 10, jun./jul./ago/2007, Salvador.

³⁵⁷ A tradução literal para a expressão “*Administrative Law*” seria Direito Administrativo. Todavia, a expressão *Administrative Law*, no contexto norte-americano, tem um conceito distinto e mais específico do que a sua tradução literal. Por tal razão, quando nos referirmos a este termo, usaremos a expressão Direito Administrativo-Regulatório. Para a doutrina norte-americana, *Administrative Law* está diretamente relacionada às agências governamentais, sejam elas administrativas ou reguladoras. Entende-se por *Administrative Law* os princípios jurídicos que definem a autoridade e estrutura das agências governamentais, que especificam os procedimentos usados por essas agências, que determinam a validade das suas decisões administrativas e que definem a possibilidade de revisão da decisão das agências por parte das cortes de revisão e de outros órgãos de governo. BREYER, Stephen G.; et. al. **Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases**. Nova York: Aspen, 2006. p. 2.

foi, de fato, capaz de atrair o capital internacional, fato este que ocorreu não só no Brasil dos anos 90, mas em diversos países. A atração destes investimentos teve efeito positivo sobre o crescimento econômico nacional dos países que aceitaram as regras do capitalismo global.

2.10. Problemas do Estado na Contemporaneidade

Após abordarmos as mudanças trazidas pela revolução da tecnologia da informação e pela reestruturação da economia global a partir dos anos 70 do século passado, e esclarecido o contexto histórico da introdução das agências reguladoras no cenário nacional, devemos agora destacar alguns dos principais problemas enfrentados pelo Estado contemporâneo, relacionados aos fenômenos e processos em análise.

Segundo Rodas, o processo de globalização tem como resultado uma desigualdade crescente. Os trabalhadores altamente qualificados têm maior possibilidade de conseguir emprego, enquanto que os menos qualificados são menos demandados³⁵⁸. Apresentando dados da OIT (Organização Internacional do Trabalho), Rodas aponta que o desemprego na América Latina, na década de 90, aumentou quase 3 (três) pontos percentuais, chegando a 10,8% em 2002³⁵⁹. Por outro lado, a maior parte da mão de obra urbana teria aderido ao trabalho informal. Nesta mesma década, o número de trabalhadores urbanos no setor informal, na América Latina, teria se elevado de 43,0% a 48,4%. De cada 10 novos empregos criados, 7 seriam informais³⁶⁰.

Depreende-se que o problema não seria somente uma questão de falta de emprego ou diminuição de renda, mas falta de emprego “formal”. Em outras palavras, são trabalhadores excluídos dos sistemas estatais de proteção, os quais não possuem direitos sociais e trabalhistas básicos, como direito à aposentadoria, licença remunerada em caso de doença, descanso remunerado ou mesmo férias.

Robert Castel³⁶¹, ao analisar a situação social da França da segunda metade do século XX, também aponta o encerramento do período de crescimento no final dos anos 60 e início da década de 70, o qual teria comprometido os avanços sociais do Estado francês. Castel aponta o fenômeno da precarização do trabalho, a qual estaria inserida na dinâmica atual de

³⁵⁸ RODAS, op. cit., p. 120.

³⁵⁹ Ibidem, p. 121.

³⁶⁰ Idem, p. 121.

³⁶¹ CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social: Uma Crônica do Salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

modernização como resultado da reestruturação do modo de produção, em favor da competitividade³⁶².

A diversidade das formas de emprego na França estaria em vias de suplantar o emprego estável e homogêneo, o qual estaria sendo substituído por formas atípicas e informais³⁶³. Tal fato aumentaria a vulnerabilidade social e estaria ameaçando a própria estrutura da relação salarial. Estas novas formas particulares de emprego seriam, na verdade, um retorno às antigas formas de contratação do início da industrialização, quando os direitos do trabalhador se diluíam diante das pressões do trabalho³⁶⁴.

Os fatos apontados por Robert Castel não são estranhos à nossa realidade. É possível se verificar uma tendência nas empresas à flexibilização externa, ou seja, contratação de mão-de-obra terceirizada, às vezes sob figuras de cooperativas ou de pseudo pessoas jurídicas. Estes empregados são tratados como se fossem uma empresa, ficando totalmente afastados do sistema de proteção trabalhista e previdenciário em prol da diminuição dos custos. Também são bastante conhecidos os problemas de trabalhadores “sem carteira assinada” e os que vivem do comércio e do trabalho informal e, em alguns casos, mesmo criminoso, como o mercado de produtos piratas e o narcotráfico.

Mesmo que este problema já seja bastante conhecido no Brasil, ainda assim merece alguma demonstração estatística. Conforme dados do Ministério da Previdência Social³⁶⁵ relativos ao ano de 2008, a população economicamente ativa brasileira era de 99.500.202 de pessoas, das quais 92.394.585 estão efetivamente ocupadas (92,9%). Desta população economicamente ativa, apenas 39.652.510 estão incluídas como contribuintes no sistema previdenciário. Ou seja, apenas 39,85% da população economicamente ativa goza da proteção de um sistema jurídico formal. Os demais, que na verdade são a maioria (60,15% da população economicamente ativa), ou estão desempregados, ou estão em algum tipo de ocupação informal e precária.

³⁶² CASTEL, op. cit., p. 516-517.

³⁶³ Ibidem, p. 516-517.

³⁶⁴ Idem, p. 516-517.

³⁶⁵ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS**. jun. 2010, vol. 16, nº 6. Quadro 1 – Grandes Números da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

Os dados acima são consistentes com os dados apresentados por Castell, que, analisando a questão do emprego na França, aponta que 2/3 das novas contratações são feitas segundo formas atípicas de contrato de trabalho, de caráter mais precário³⁶⁶.

Ainda que estejamos falando de situações sociais e econômicas bastante distintas, verificamos nos dados apresentados por Rodas, referentes à América Latina, por Robert Castel, relativos à França, e os acima apontados relativos ao sistema previdenciário brasileiro que há pontos de semelhança. A situação brasileira de informalidade do trabalho parece corresponder a uma tendência mais ampla de precarização das relações de emprego e de encolhimento da proteção social. Verificamos, portanto, que tal fenômeno não se deve a um contexto nacional isolado, mas faz parte de uma conjuntura mais ampla.

Este é um dos primeiros problemas do Estado contemporâneo: estabelecer uma rede de proteção social capaz de minimizar os problemas de desigualdade causados pela reestruturação econômica já abordada, sem perder a competitividade no mercado global.

Um segundo aspecto do fenômeno a ser considerado é a profunda alteração na percepção sobre o tempo e o espaço e o seu impacto na capacidade do Estado de organização das relações sociais. Como aponta Manuel Castells, o tempo é uma dimensão importante do capitalismo. O fenômeno da globalização teria criado um conceito de tempo real, onde tudo deve ocorrer de forma imediata e instantânea. Esta instantaneidade do tempo levaria a um “tempo intemporal”, o que corresponderia a uma perda da capacidade de diferenciar o tempo como uma sequência cronológica válida³⁶⁷.

A percepção contemporânea do tempo é a de um momento instantâneo, onde todas as respostas devem ser imediatas. Não aceitamos mais que os problemas amadureçam com o tempo, nem percebemos como algo positivo permitir-se a passagem natural do tempo como forma de resolução de controvérsias. Esta percepção mais momentânea do tempo afeta, por exemplo, a forma como avaliamos o tempo necessário para a solução de conflitos na esfera política e jurídica. Percebemos os processos judiciais como demasiadamente lentos, os debates legislativos como excessivamente longos e as soluções jurídicas como exageradamente atrasadas.

³⁶⁶ CASTEL, op. cit., p. 514-515.

³⁶⁷ CASTELLS, op. cit., p. 523-560; e HARVEY, op. cit., p. 257-276.

Tal questão foi abordada por Roberto Freitas Filho e Renato Casagrande, os quais apontam a tensão existente entre a lógica temporal que rege a atividade jurídica e política no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, o qual eles denominam de tempo jurídico³⁶⁸, e a nossa atual percepção do tempo, referida como tempo econômico. O tempo acelerado e instantâneo da economia passa a ser visto como o mais importante. O imediatismo do tempo econômico passa a ser visto como referência para o tempo jurídico³⁶⁹.

Para solucionar a tensão e reaproximar o tempo jurídico e o tempo econômico, o tempo jurídico acaba sendo comprimido e abreviado. Isto é feito, por exemplo, com o uso das Medidas Provisórias, nos casos do processo legislativo, e das liminares, nos casos do processo judicial. Esta mudança da referência temporal veio para ficar, cabendo aos órgãos que trabalham no tempo jurídico se adaptar a esta nova realidade.

Podemos incluir a prática de se conferir poder normativo às agências reguladoras dentro deste cenário de necessidade de se prestar prontas respostas normativas dentro do tempo econômico, suprimindo um vazio de atuação deixado pelo processo legislativo tradicional, o qual trabalha em outro tempo e submetido à outra lógica.

Por fim, outro problema contemporâneo já bastante claro, e aparentemente relacionado com a reestruturação econômica dos últimos quarenta anos, é a alta susceptibilidade a crises financeiras e econômicas. A alta volatilidade financeira, o aumento substancial na quantidade de valores negociados, a facilidade no fluxo de capitais, a instantaneidade das operações econômicas, a falta de referências valorativas e o desacoplamento entre a produção material e a geração de valor³⁷⁰ geraram condições para a ocorrência de sucessivas crises em diversos locais do globo, com resultados dramáticos para as vítimas da vez³⁷¹.

Estes grandes fluxos financeiros, ao entrarem e saírem de determinados mercados, possuem um poder destrutivo bem real. A entrada desordenada de ativos financeiros gera “bolhas”, onde os preços dos produtos e serviços passam a não guardar qualquer proporção com a realidade. A saída, por sua vez, é igualmente dramática, gerando crises de liquidez, *crashes* e crises financeiras. Relevante notar que, como apontado no caso do Citigroup, referido no início do item 2.6, estes grandes fluxos de capital têm movimentos aparentemente

³⁶⁸ FREITAS FILHO; e CASAGRANDE, op. cit., p. 426.

³⁶⁹ Ibidem, p. 426-427.

³⁷⁰ CASTELLS, op. cit., p. 194-201.

³⁷¹ Ibidem, p. 203.

irracionais e desordenados, motivados por especulação, por aspectos emocionais, por profecias autorrealizáveis e mesmo por um “comportamento de manada”.

Observando a experiência recente, podemos verificar os problemas trazido por estas crises à atuação estatal. Por exemplo, o sudeste asiático era o símbolo do crescimento econômico da década de 1980, comumente referidos como os “tigres asiáticos”. O que aconteceu com estes “tigres”? A crise financeira da Ásia, de 1997-8, destruiu grande parte das riquezas recém-conquistadas por estes países. Na Indonésia, após a crise de 97, aconteceu um processo de desindustrialização, com a saída de milhões de pessoas das cidades para o trabalho rural no campo, na busca de meios de subsistência³⁷². São inúmeros os exemplos de crises financeiras perigosamente destrutivas, como o foram as crises mexicana (1994-5), russa (1998)³⁷³, a crise imobiliária norte-americana (2008-2010) e, mais recentemente, a atual crise da dívida pública da zona do euro (2010-?), para se citar apenas algumas das principais crises financeiras globais dos últimos 20 anos.

2.11. A Aparente Inadequação do Modelo Liberal de Separação de Poderes como Solução dos Problemas Contemporâneos

É evidente que não temos a pretensão de, no presente trabalho, solucionar, ou mesmo analisar com profundidade, todos os problemas da contemporaneidade ora apresentados. O que pretendemos demonstrar é que a realidade dos pensadores liberais ingleses e franceses dos séculos XVII e XVIII é radicalmente diferente da realidade contemporânea.

O modelo de separação de poderes de Montesquieu foi projetado para que o Estado não agisse diante da controvérsia, somente podendo atuar nas hipóteses de um amplo consenso entre os diversos órgãos e classes sociais. Como comentamos, é uma solução adequada para uma realidade na qual se tentava dar limites a uma monarquia absolutista e tirânica.

Este modelo, todavia, não parece adequado a um Estado que tenha que dar pronta resposta a problemas econômicos, financeiros e sociais que exijam soluções imediatas. A compressão da percepção de tempo e espaço existente da contemporaneidade não permite o tempo necessário para a formação de amplos consensos. Logo, é razoável se supor que o

³⁷² CASTELLS, op. cit., p. 175.

³⁷³ Idem, p. 175.

Estado contemporâneo deva possuir instrumentos que o permitam agir dentro do tempo econômico.

Dado o cenário acima descrito, tampouco podemos contar com a simples acomodação das forças do mercado como forma de solução dos problemas sociais e econômicos. Tendo em vista a complexidade atual da atividade econômica, e a nova realidade criada pelos avanços tecnológicos das últimas décadas, a opção pela completa inação do Estado pode ter consequências desastrosas para as populações envolvidas. Ainda que se possa discutir em quais atividades deve o Estado intervir de forma mais ou menos intensa, com maior ou menor regulação, provavelmente não é viável formular-se uma opção política *a priori* que afaste por completo a capacidade do Estado de responder a novas questões dentro do tempo econômico.

A atribuição de poder normativo às agências reguladoras parece, portanto, encaixar-se neste contexto, dotando os Estados nacionais de mecanismos capazes de dar respostas normativas dentro do tempo econômico.

Pelo exposto, postulamos que a simples aplicação da teoria de separação de poderes de Montesquieu, no modelo original ou na releitura feita pelos revolucionários franceses ou norte-americanos, não é uma opção racionalmente sustentável, por estar afastada da realidade contemporânea.

Este distanciamento destas duas realidades, e particularmente o afastamento existente entre o tempo jurídico e o tempo econômico, é possivelmente um dos fatores desencadeadores do que estamos chamando de crise do Direito, a qual será aprofundada no capítulo 4. Passaremos, agora, a abordar a doutrina acerca do papel normativo das Agências Reguladoras.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. Do Estado Operador para o Estado Regulador

Nas ciências sociais, mostra-se difícil estabelecer relações de causa e efeito entre fatos sociais distintos, questão esta que muitas das vezes depende de argumentos contrafatuais³⁷⁴. Ainda assim, é razoável se supor que tanto a revolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas do século XX, descrita no capítulo anterior, como a mudança política e ideológica que lhe foi contemporânea, estejam relacionadas com a alteração da visão sobre o que deveria ser o papel do Estado. Não pretendemos, com isso, dizer que a alteração do papel do Estado foi um produto inexorável da revolução da tecnologia da informação. Apenas afirmamos que os problemas da contemporaneidade retratados no capítulo anterior, aliados a uma alteração da percepção do tempo e do espaço decorrente da revolução tecnológica e à mudança do discurso ideológico das principais economias mundiais, contribuíram para uma revisão do papel atribuído aos Estados Nacionais nas democracias ocidentais, particularmente do Estado de Bem-Estar. Alguns autores designam este novo tipo de Estado Nacional como sendo o Estado Pós-Moderno³⁷⁵.

Para Bresser-Pereira³⁷⁶, esse novo tipo de Estado corresponde à segunda reforma administrativa do Estado moderno. A primeira teria sido a mudança do Estado patrimonial para o Estado burocrático, a qual, no Brasil, teria ocorrido tardiamente, em 1937, sob o governo de Getúlio Vargas³⁷⁷. Esta reforma teria significado, no Brasil, a transformação do Estado Absolutista no Estado Liberal. A reforma brasileira de 1995, por outro lado, teria feito parte de uma segunda onda de reformas, definidas por Bresser-Pereira como sendo a busca de um Estado Gerencial³⁷⁸. Ainda que não concordemos com a existência de uma marcha

³⁷⁴ Problema abordado por Max Weber e comentado por Raymond Aron. ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 475-485. WEBER, Max. Estudos Críticos sobre a Lógica das Ciências da Cultura (1906) in WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**, Parte 1. 4ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001. Tradução de Augustin Wernet. P. 192-210.

³⁷⁵ Como, por exemplo, Jacques Chevallier. CHEVALLIER, op. cit., p. 16-22.

³⁷⁶ Ministro do MARE – Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado à época da reforma de 1995.

³⁷⁷ Paulo Todescan aponta que por ocasião do processo de industrialização do país, a partir da era Vargas, teria se formado uma nova burocracia estatal para regular a economia, com criação de autarquias e órgãos federais especializados na regulação de setores específicos da economia. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. **Novos estudos** – CEBRAP, nº 76, São Paulo, Nov. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300007&script=sci_arttext#back6. Acesso em 19 maio 2012.

³⁷⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995 in D'INCAO, Maria Angela; e MARTINS, Hermínio (orgs.). **Democracia, Crise e Reforma**: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2010. P. 172-173; e CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55-56.

inexorável dos tipos de Estado, questão que remonta a uma abordagem do materialismo histórico, podemos observar que os fenômenos sociais, políticos e tecnológicos acima descritos influenciaram diversos Estados Nacionais a buscar um novo arranjo estatal capaz de atrair o capital internacional excedente; de transmitir ao público externo uma imagem de eficiência e modernidade; e de integrar as suas economias às exigências do mercado global.

Uma descrição possível desta alteração do papel do Estado é a que distingue o Estado Operador do Estado Regulador. O Estado Operador é um Estado aonde caberia ao ente estatal a gestão dos setores-chave da economia e a atuação como centro do desenvolvimento econômico³⁷⁹. No Estado Regulador, o Estado permanece presente na economia apenas como um supervisor, assegurando a manutenção dos grandes equilíbrios e garantindo as condições propícias para o desenvolvimento econômico³⁸⁰. Não se trata de um retorno ao Estado liberal, ou seja, de uma completa retirada do Estado da economia, mas na substituição da execução direta pela regulação. Ao contrário, é possível a defesa de um discurso desenvolvimentista mesmo dentro de um modelo de Estado Regulador, com o desenvolvimento econômico sendo ditado por uma burocracia estatal técnica e especializada, mas executado por entes privados. Neste contexto, vários autores da ciência política, como Peter Evans, Vivek Chibber e, na América Latina, Fernando Filgueira, passaram a postular que o desenvolvimento econômico estaria relacionado à adoção pelos Estados de uma burocracia racional, comumente referida como tecnocracia, com suficiente alocação de poder nas agências estatais responsáveis pelas políticas econômicas³⁸¹. Este fenômeno é referido por Clèmerson Clève como a emergência da “sociedade técnica”, na qual o discurso tecnocrata passou a concorrer com o discurso dos políticos e juristas na influência no processo decisório estatal, passando a defender que as soluções ditas “técnicas” seriam superiores ao exercício da função legislativa pelo Parlamento³⁸².

³⁷⁹ Cf. CHEVALLIER, op. cit., p. 69. CHRISTENSEN, Tom; LÆGREID, Per. **Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State**. Northampton (EUA): Edward Elgar Publ., 2006. p. 11-12.

³⁸⁰ Idem, p. 69. CUÉLLAR, op. cit., p. 61-62.

³⁸¹ CHIBBER, Vivek. Bureaucratic Rationality and the Developmental State. **American Journal of Sociology**. Volume 107, nº 4 (jan. 2002), p. 951-989; EVANS, Peter. El Estado como Problema y Solucion. **Desarrollo Economico**, vol. 35, nº 140 (janeiro-março 1996), p. 529-562; e FILGUEIRA, Fernando. La Antipática pelo Necesaria Defensa Política de la Tecnocracia en América Latina in VERA, Miguel (ed.). **Evaluación para el Desarrollo Social: Aportes para um Debate Abierto em América Latina**. Guatemala: Magna Terra, 2006. P. 53-83.

³⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-51.

Note-se que o exercício da função regulatória do Estado pressupõe que o sistema econômico não é capaz de, por si só, atingir um ponto de equilíbrio adequado³⁸³. A própria ideia de regulação estatal, portanto, ao entender que as relações econômicas não podem ser inteiramente resolvidas segundo a lógica de mercado, opõe-se à ideia do liberalismo econômico³⁸⁴. A regulação tem como objetivo corrigir os diversos tipos de falhas do mercado, tais como o abuso de poder econômico pelos monopólios e oligopólios, as externalidades negativas³⁸⁵, a assimetria de informações entre produtor e consumidor e a provisão insuficiente de bens coletivos³⁸⁶.

O Estado Regulador se distingue das formas clássicas de intervenção do Estado na economia, implicando na mudança de papel de ator para árbitro³⁸⁷. Conforme Chevallier, a função regulatória pressupõe as seguintes condições: “uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico; uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo; uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários”³⁸⁸.

Segundo Giandomenico Majone, a regulação de mercados, no sentido de correção das falhas naturais dos mercados, seria apenas um dos três tipos principais de intervenção do Estado na economia, ao lado da redistribuição de renda e da estabilização macroeconômica. Majone entende por redistribuição de renda as transferências de recursos de um grupo de indivíduos, regiões ou países para outro grupo, incluindo, ainda, neste conceito a provisão compulsória de determinados bens, tais como educação, saúde e seguridade social, que o Estado determina que devem ser fruídos por todos os indivíduos. O conceito de estabilização macroeconômica, para Majone, é o dever do Estado de manter níveis satisfatórios de crescimento econômico e de emprego³⁸⁹.

Particularmente entendemos, como ficará claro ao longo deste capítulo, que a regulação estatal abrange as três formas de intervenção do Estado na economia citadas por

³⁸³ BREYER et. al., op. cit., p. 4-7; CHEVALLIER, op. cit., p. 72; e HARRIS, Robert G. e CARMAN, James M. Public Regulation of Marketing Activity: Part I – Institutional Typologies of Market Failure. **Journal of Macromarketing**, nº 58, 1983. p. 49-58.

³⁸⁴ CHEVALLIER, op. cit., p. 72.

³⁸⁵ Externalidades negativas ocorrem quando um produto não reflete o seu custo de produção, o qual está sendo absorvido pela sociedade. Por exemplo, num mercado desregulado, o preço do aço não reflete os custos que a atividade de produção acarreta na forma de poluição do ar. BREYER et al, op. cit., p. 6.

³⁸⁶ MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Estado Regulador**: Causas e Consequências da Mudança no Modo de Governança. Disponível em <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/0/08/Majone.pdf>>. Acesso em 6 maio 2012. p. 3; BREYER et al, op. cit., p. 4-7; HARRIS e CARMAN, op. cit., p. 50-58.

³⁸⁷ CHEVALLIER, op. cit., p. 73.

³⁸⁸ Idem, p. 73.

³⁸⁹ MAJONE, op. cit., p. 2-3.

Majone: a correção das falhas de mercado; a redistribuição de renda; e a estabilização macroeconômica. Compreendida desta forma, a regulação estatal não é, em si, uma atividade nova, nem é específica do Estado Regulador. Na verdade, ela já existia no Estado de Bem-Estar, e mesmo no Estado Liberal, ainda que, neste caso, em grau menor.

O Estado Regulador não implica nem num novo tipo de intervenção estatal, nem no descarte dos tipos de intervenção que lhe são anteriores. Trata-se, sim, de uma alteração da forma como se procede à intervenção estatal na economia, substituindo-se a forma de atuação direta do Estado por uma atuação mais indireta. Esta mudança pode ser caracterizada pela adoção de modelos tais como o da privatização; da delegação da prestação de serviços públicos a organizações privadas; da substituição de uma burocracia centralizada e generalista por agências descentralizadas e especializadas; e da substituição da legislação emitida pelo Poder Legislativo por outras formas de criação de normas, tais como os contratos e os atos normativos emitidos pelas agências estatais³⁹⁰.

Não se pode ignorar que esta mudança no papel do Estado, e a consequente introdução das agências reguladoras, possui um componente ideológico, justificando-se pela busca da eficiência na prestação dos serviços públicos, dentro de uma lógica de que os serviços prestados pela iniciativa privada seriam mais eficientes e racionais do que os prestados pelos órgãos públicos³⁹¹.

Mas que tipos de tarefas são características de um órgão regulador? Jacques Chevalier aponta que a regulação pressupõe quatro meios de ação: a elaboração de normas (*rulemaking*); a fiscalização (*monitoring*); o julgamento e alocação de direitos (*adjudication*); e a composição de litígios (*dispute resolution*)³⁹². Richard Pierce, apesar de reconhecer que as agências reguladoras podem executar diversas tarefas distintas, aponta que as agências possuem duas funções principais: elaboração de normas (*rulemaking*) e julgamento (*adjudication*)³⁹³. Esta divisão clássica é apresentada pela própria estrutura legal norte-americana. A Lei geral que regula as agências norte-americanas, a APA (*Administrative Procedure Act*), possui duas seções principais: a Seção 4 (§ 553), que trata da elaboração de normas (*rulemaking*), e a seção 5 (§ 554), que versa sobre os procedimentos de julgamento

³⁹⁰ MAJONE, op. cit., p. 10-24.

³⁹¹ CUÉLLAR, op. cit. p. 79.

³⁹² Cf. CHEVALLIER, op. cit., p. 73.

³⁹³ PIERCE JR, op. cit., p. 2.

(*adjudication*)³⁹⁴. Stephen Breyer oferece uma classificação mais completa, afirmando que as agências (*agencies*) são órgãos administrativos que combinam as funções administrativas com as funções de criação de normas e de julgamento³⁹⁵. Diogo de Figueiredo, ao definir o conceito de competência regulatória, usa um modelo semelhante ao de Breyer, descrevendo-a como a função de criar a norma reguladora, de aplicá-la administrativamente e de dirimir administrativamente os conflitos suscitados³⁹⁶. De nossa parte, adotamos o modelo analítico usado por Stephen Breyer - e por Diogo de Figueiredo, - ainda que se reconheça que tal classificação é uma simplificação das múltiplas tarefas que podem ser realizadas por um órgão regulador.

Partindo da reflexão acima, podemos compreender que o modelo de Estado Regulador não está relacionado com a menor ou maior intervenção do Estado na economia, mas sim com a mudança do tipo de intervenção estatal. Neste modelo, no lugar de atuar diretamente na economia, o Estado atua através de órgãos reguladores descentralizados e especializados, os quais concentram em si, além das clássicas funções administrativas, as funções de elaboração de normas e de julgamento administrativo.

3.2. Agências Reguladoras no Estado Brasileiro

A ideia de órgãos administrativos descentralizados não é nova no modelo de administração pública brasileira, o qual já era familiarizado com as autarquias e fundações públicas mesmo antes da reforma administrativa da década de 1990. Assim, nenhuma novidade há na existência de órgãos descentralizados com atribuição para o exercício de funções administrativas. Por outro lado, a existência de julgamentos administrativos também não é nova, ainda que tais julgamentos sejam sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, o qual, no sistema brasileiro, detém o monopólio da jurisdição. Assim, o Estado brasileiro, mesmo antes da reforma da década de 1990, já possuía tribunais administrativos, tais como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal Marítimo, o Conselho de Contribuintes (hoje Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), o Conselho de Recursos da Previdência Social, as Comissões de Processo Administrativo Disciplinar, para citarmos apenas alguns exemplos. Numa visão mais ampla, na verdade, todo e qualquer órgão administrativo tem o poder-dever de julgar administrativamente os seus procedimentos administrativos. Assim, por exemplo, quando um órgão ou uma autarquia aplica um auto de

³⁹⁴ ESTADOS Unidos da América. **Administrative Procedure Act**. Disponível em <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html> . Acesso em 6 maio 2012.

³⁹⁵ BREYER et. al., op. cit., p. 32.

³⁹⁶ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 169-170.

infração e decide o respectivo recurso administrativo - ou uma impugnação, - nada mais está fazendo do que o exercício de um julgamento administrativo. Ainda que tal julgamento não seja final, eis que no modelo constitucional brasileiro tal decisão administrativa sempre está submetida ao controle judicial, não deixa de ser um julgamento administrativo.

Portanto, as duas características acima apontadas relativas às agências reguladoras não revelam, em si, uma novidade para o Direito Administrativo nacional. A função que talvez gere maior perplexidade, e que pode realmente significar uma novidade em relação ao modelo das entidades autárquicas, é a possibilidade desses órgãos descentralizados criarem normas em substituição ao Legislativo. Essa característica, estranha à tradição do Direito Administrativo romano-germânico, é derivada da importação do modelo anglo-saxão de agências (*agencies*), particularmente do modelo norte-americano.

Não é difícil perceber que a ideia de um Estado Regulador está, assim, relacionada à experiência estatal norte-americana³⁹⁷, cujo modelo político prevê a existência de diversos órgãos do executivo (*agencies*) dotados de relativa independência, os quais atuam em setores econômicos específicos, concentrando, em si, em maior ou menor extensão, os poderes acima descritos (elaboração de normas, funções administrativas e julgamento). De se notar que no Direito norte-americano, o Direito Administrativo se confunde com o Direito Regulatório, podendo-se afirmar que o que a doutrina norte-americana chama de *Administrative Law* (Direito Administrativo-Regulatório) nada mais é do que o estudo das estruturas das agências (*agencies*) e de suas normas, poderes e limites³⁹⁸.

Essa ideia foi exportada para países da Europa e da América Latina pelos processos políticos e econômicos de ingresso destes países na economia de livre mercado, ocorridos nas últimas décadas do século XX e descritos no capítulo anterior.

Este processo, especificamente no caso brasileiro, pode ser entendido como uma segunda fase da regulação estatal, considerando-se a primeira fase como a do Estado Operador³⁹⁹, de viés autoritário, surgido a partir da década de 1930 com o processo de industrialização brasileiro. O modelo estatal de regulação de então era caracterizado pelo desenvolvimentismo centrado no Estado, pelo nacionalismo, pelo autoritarismo estatal, pelo

³⁹⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 65-66.

³⁹⁸ BREYER et. al., op. cit., p. 2; e CUÉLLAR, op. cit., p. 67.

³⁹⁹ Paulo Mattos prefere falar em duas fases do Estado Regulador. Mantendo-nos fiel à definição trazida no início deste capítulo, entendemos que o modelo de intervenção estatal brasileiro praticado entre 1930 a 1990 assemelha-se à definição de Estado Operador.

incentivo aos processos de industrialização e pelo uso de empresas estatais como indutoras do desenvolvimento econômico. Esta primeira etapa da regulação estatal brasileira permitiu o desenvolvimento de uma burocracia estatal e de uma tecnocracia. Esta, posteriormente, associou-se, a partir da década de 1960, ao regime militar, dando novo impulso ao sistema regulador autoritário, o qual passou a abandonar o viés nacionalista e passou a se aliar às empresas multinacionais⁴⁰⁰.

A reforma da década de 1990 representa, na realidade brasileira, uma dupla mudança. Primeiro, ela se dá num contexto de gradual retorno à normalidade democrática e de pretensão de abandono do modelo de desenvolvimento autoritário. Em segundo, ela também está associada a um movimento internacional mais amplo de busca de mecanismos mais eficientes para a intervenção estatal e de revisão do próprio papel ocupado até então pelo Estado de Bem Estar Social. Desta forma, podemos entender que a reforma estatal da década de 1990 esteve, pois, associada não só às estratégias de privatização, ainda que estas tenham sido uma parte importante da agenda de reformas, mas a uma revisão mais ampla. Esta alteração na forma de intervenção do Estado na economia ocorreu paralelamente à adoção da estratégia social democrata pelas principais economias ocidentais, como abordado no capítulo anterior, estratégia esta que pregava o pragmatismo econômico aliado à manutenção de uma agenda social. A função regulatória foi incorporada nestes países, portanto, como uma estratégia de terceira via, segundo a qual se concordava com a agenda de privatizações, que retiraria a atuação direta do Estado na economia, mas se preservava certo controle estatal sobre os mercados, com o Estado atuando como um supervisor da economia, através da regulação. Trata-se, pois, de uma estratégia de ação apresentada como uma alternativa de meio-termo, contrapondo-se à proposta de total não-intervenção estatal na economia, defendida pelas correntes mais extremas da doutrina Reagan-Thatcher.

Assim, podemos compreender a reforma do Estado brasileiro da década de 1990 como parte de um processo mundial mais amplo, o qual pretendia a reforma gerencial do Estado. É dentro deste contexto que as Agências Reguladoras foram introduzidas no sistema político brasileiro, fazendo parte das reformas políticas e econômicas da década de 90 do governo Fernando Henrique Cardoso. Bresser-Pereira aponta como influência desta reforma o

⁴⁰⁰ MATTOS, op. cit., p. 141-143; MANTEGA, Guido. O Pensamento Econômico Brasileiro de 60 a 80: os Anos Rebeldes. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 Anos de Ciência Econômica no Brasil**: Pensamentos, Instituições, Depoimentos. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 108-121. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Interpretações sobre o Brasil. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 Anos de Ciência Econômica no Brasil**: Pensamentos, Instituições, Depoimentos. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 43-55.

programa de agências executivas *Next Steps* de 1987, da Grã-Bretanha, e o *National Performance Review*, dos Estados Unidos (1993). Antes da reforma brasileira, países como Nova Zelândia e Austrália executaram as suas reformas. Ainda segundo Bresser-Pereira, o Brasil teria aderido ao programa de reformas à mesma época que os países escandinavos e a Holanda e antes das reformas gerenciais da França, Alemanha e Japão⁴⁰¹.

No caso brasileiro, a importação do modelo foi feita não só como uma resposta à chamada crise fiscal do Estado, mas também com a provável pretensão de transformação da burocracia estatal vigente. Tal medida foi executada pelo deslocamento do *locus* do poder, o qual foi parcialmente transferido para as novas agências reguladoras criadas ao longo da década de 1990 e no início do século XXI. No lugar de reformar toda a estrutura burocrática estatal dos órgãos centrais, a reforma estatal da década de 1990 optou por esvaziar parcialmente o poder dos órgãos centrais, substituindo-os por órgãos novos, compostos por uma nova tecnocracia. É razoável se supor que a transferência da regulação estatal da economia para órgãos descentralizados pretendia a redefinição dos canais de circulação do poder político. Além da subversão das relações de poder internas ao Executivo, podemos supor que tal estratégia também pretendia a alteração das condições de negociação com o Poder Legislativo, diminuindo a influência direta do Parlamento sobre a regulação da atividade econômica. Estas mudanças provavelmente tinham por objetivo viabilizar a quebra das estruturas de poder, estabelecidas no período de desenvolvimento autoritário⁴⁰².

O processo de ruptura acima comentado pode ser descrito da seguinte forma: privatização da execução da atividade econômica; adoção de um modelo normativo apto a afastar a regulação direta pelo Parlamento; e criação de uma tecnocracia nova, instituída em um novo órgão regulatório do setor privatizado⁴⁰³. Este desejo de mudança nos permite inferir o motivo da ênfase na separação e independência das agências reguladoras em relação à estrutura ministerial estabelecida. Também podemos supor que a razão dessas agências terem sido dotadas de poderes normativos próprios tenha sido o desejo de se minimizar a influência direta das casas parlamentares sobre a política econômica setorial.

Como exemplo da estratégia descrita anteriormente, podemos apontar a privatização nos setores de telecomunicações, energia e petróleo, que deram origem respectivamente à ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANEEL (Agência Nacional de Energia

⁴⁰¹ BRESSER-PEREIRA [2010], op. cit., p. 171-172 e 182.

⁴⁰² Cf. MATTOS, op. cit., p. 150-152.

⁴⁰³ Cf. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 266-268.

Elétrica) e ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis). As agências reguladoras foram apresentadas como uma forma inovadora de se disciplinar a execução dos serviços públicos que vinham sendo privatizados, além de poderem proporcionar, conforme a teoria política então vigente, maior segurança e transparência às regras legais aplicáveis ao setor econômico. Claramente a proposta era facilitar e dar mais garantias à entrada do capital estrangeiro que seria necessário para a modernização destes setores.

Essas agências, organizadas sob a forma de autarquias, receberam a atribuição de atuar como entes reguladores, ou seja, entidades competentes para “definir o regime geral específico de determinado feixe de atividades”⁴⁰⁴.

Devemos registrar que algumas das atuais agências reguladoras, como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e a CVM, já existiam muito antes do novo *status* legal e da mudança política acima descrita, já exercendo funções similares às das agências reguladoras da década de 1990. Esses órgãos já eram vistos como autarquias, dotados de certa autonomia em relação ao ente político central⁴⁰⁵. Todavia, mesmo estas autarquias mais tradicionais acabaram tendo o seu marco legal revisto, para adequá-las à nova concepção de papel regulatório.

O modelo de agência reguladora acabou sendo incorporado para a regulação do sistema financeiro num movimento distinto. Isto porque neste setor não houve a substituição da atuação direta estatal pelo modelo de agente regulador. Neste ponto, devemos considerar que o processo de regulação do setor financeiro possuiu duas peculiaridades em relação aos demais setores acima referidos. Primeiro, porque mesmo antes de 1995 o setor financeiro brasileiro já operava sobre as regras de um agente normativo e regulador, que era o Banco Central (BACEN). Segundo, porque no caso do setor financeiro, o Estado não se afastou do exercício direto da atividade na esfera federal, mantendo o controle direto de instituições financeiras como o Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, apenas tendo incentivado a agenda de privatizações em relação aos bancos estaduais. O processo ocorrido no setor financeiro, ao menos do ponto de vista das instituições federais, foi, portanto, menos uma reforma e mais de uma adequação de uma prática anterior ao novo modelo que vinha sendo adotado para os demais setores econômicos.

⁴⁰⁴ CUÉLLAR, op. cit., p. 81.

⁴⁰⁵ Alexandre Aragão cita como exemplos o Banco Central, a CVM, o Conselho Monetário Nacional, o Instituto do Açúcar e do Alcool e o Instituto Brasileiro do Café. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 265.

No setor financeiro, não foram criadas novas agências reguladoras. O que ocorreu foi que os órgãos que já atuavam como agentes normativos e reguladores passaram a adotar o estatuto jurídico de agências reguladoras, apesar de, na prática, já exercerem uma função similar mesmo antes da reforma de 1995. A adoção do *status* de agente regulador do setor financeiro, por sua vez, acabou representando um ponto de tensão e disputa entre três agências reguladoras: o Banco Central a CVM e o CADE, questão esta que acabou sendo judicializada⁴⁰⁶. Todavia, deixaremos de avançar sobre tal discussão, a qual, por si só, renderia todo um trabalho.

Devemos registrar que muito antes da reforma de 1995 o ordenamento jurídico brasileiro já trabalhava com a noção de órgãos administrativos descentralizados, separados do governo central⁴⁰⁷. O Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já previa em seu art. 4º a separação entre a Administração Direta e a Administração Indireta, e já mencionava a descentralização como um princípio, a ser posto em prática em três planos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

As agências reguladoras criadas a partir da reforma de 1995 nada mais eram do que as já conhecidas entidades autárquicas do Decreto-Lei nº 200/67, órgãos com personalidade jurídica própria, possuindo orçamento, patrimônio e direção distintos da Administração Pública Direta. Verifica-se, portanto, que as autarquias já eram consideradas como um serviço autônomo dentro da Administração, na forma do inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67. As agências reguladoras da década de 1990 foram criadas, todavia, sob a ótica das *agencies* norte-americanas, o que gerou o desafio jurídico de se adaptar o instituto pátrio já existente à tradição institucional estrangeira.

Por ocasião da reforma da década de 1990, as agências reguladoras foram apresentadas como sendo um *plus* em relação às autarquias, defendendo a doutrina que as novas agências

⁴⁰⁶ Um exemplo deste conflito é o trazido no julgado do Recurso Especial 1.094.218/DF. Neste recurso discutiu-se o conflito de atribuições entre o CADE e o BACEN para julgar atos de concentração de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1094218 / DF. Relatora Ministra Eliana Calmon. Primeira Seção. DJe 12/04/2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 abr. 2012.

⁴⁰⁷ ARAGÃO [2002], op. cit., p. 263.

gozariam de um grau de autonomia que seria, em teoria, superior ao das demais entidades autárquicas⁴⁰⁸. Todavia, nem a legislação, nem a Constituição Federal, trouxeram explicações consistentes sobre o que seria o regime jurídico das agências, ou mesmo no que consistiria a função regulatória. As agências são apenas mencionadas *en passant* pela Constituição Federal, a qual não especificou precisamente os seus traços de distinção. Esta questão, por sua vez, não foi melhor esclarecida no âmbito da legislação infraconstitucional. Não há, até os dias atuais, um diploma legal único que sirva como marco legal para o regime jurídico destas agências⁴⁰⁹. Assim, o tema acabou sendo tratado por leis esparsas, notadamente pelas leis de criação de cada agência, sem uma sistematização ou mesmo uma clara definição dos limites e possibilidades da atividade regulatória.

Ainda que o tema das agências reguladoras não tenha sido sistematizado, o contexto das reformas nos permite compreender que havia uma estratégia maior sendo seguida. Esta estratégia política implicava na retirada do Estado da execução direta dos serviços públicos e na assunção de uma postura de exterioridade, mantendo-se, todavia, o controle estatal sobre os agentes econômicos. A reforma estatal brasileira de 1995 ocorreu em 3 (três) linhas: **abertura ao capital estrangeiro**, com a extinção das restrições constitucionais do art. 171 da Constituição e com a revogação ao conceito constitucional de empresa estrangeira, o que ocorreu com a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995; **flexibilização dos monopólios estatais**, com as Emendas Constitucionais nº 5, 6 e 9, todas de 1995; e pelo **programa de desestatização e privatização**, iniciado em 1990 com a edição da Lei nº 8.031/90⁴¹⁰.

3.3. Introdução das Agências Reguladoras no Ordenamento Jurídico

A figura jurídica das Agências Reguladoras foi introduzida no direito positivo brasileiro pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995⁴¹¹. A referida emenda incluiu no texto constitucional, entre as competências da União, a de:

Art. 21, XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá

⁴⁰⁸ ARAGÃO [2002], op. cit., p. 264-265. CUÉLLAR, op. cit., p. 91-93.

⁴⁰⁹ Cf. CUÉLLAR, op. cit., p. 75.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Introdução in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22-26.

⁴¹¹ Cf. MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 189.

sobre a organização dos serviços, a **criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais;⁴¹²[*grifos nossos*]

A partir da Emenda nº 8, a Constituição passou a prever a criação de um órgão regulador especificamente para o setor dos serviços de telecomunicações, deixando, todavia, para a Lei ordinária definir quais seriam as funções deste órgão regulador.

A Emenda Constitucional seguinte, a EC nº 9, também de 1995, introduziu no texto constitucional a menção a outra agência reguladora, agora para regular os monopólios da União: “Art. 172, § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”. Depreende-se que essa agência haveria de regular as atividades ligadas ao setor de petróleo, notadamente a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares, que são os dois setores econômicos de monopólio da União referidos no art. 172 da CRFB/88.

Logo, pelo texto constitucional, somente haveria expressa previsão para três órgãos reguladores no Brasil: nas telecomunicações, no setor de petróleo e no setor de minérios. Em 1997, a Lei nº 9.472 criou a ANATEL, referindo-se a esta autarquia como sendo um órgão regulador. Sua natureza jurídica foi descrita pela Lei como a de uma autarquia de “regime especial”. Esse regime especial seria caracterizado por uma independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, na forma do art. 8º da referida Lei.

Particularmente defendemos que a suposta independência das agências reguladoras é uma característica acessória, não compondo a essência do conceito. Em outras palavras, as agências podem ser reguladoras sendo ou não independentes. O que as torna reguladoras é a atribuição às mesmas de uma **função reguladora**, a qual definiremos adiante. A independência está relacionada com a forma adotada, mas não altera o conteúdo do instituto, não lhe sendo um elemento essencial. Todavia, é nosso dever registrar que parte da doutrina nacional defende que a atribuição da “função regulatória a um ente técnico e independente [...] é condição indispensável para uma regulação eficiente”⁴¹³. Por tal motivo, alguns autores defendem que a sua principal característica é a sua natureza técnica⁴¹⁴, posição esta que,

⁴¹² Alexandre Aragão anota que a formação jurídica e interpretação deste artigo foi concebida pelos consultores jurídicos do Sundfeld Advogados, em 1996, inspirados no formato de algumas autoridades administrativas independentes europeias. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 269.

⁴¹³ CUÉLLAR, op. cit., p. 64.

⁴¹⁴ Idem, p. 65.

depreende-se, seria distintas dos demais órgãos e autarquias, cujas decisões seriam influenciadas pela política. Também neste ponto defendemos que o fato da agência ser, ou não, técnica, não é um elemento essencial do instituto.

Em relação ao setor de petróleo, igualmente referido pelo texto constitucional como sujeito à atuação de um órgão regulador, foi criada a ANP, sujeita ao mesmo *status* de autarquia de regime especial, conforme previsão da Lei nº 9.478, de 1997.

O terceiro setor referido pela Constituição, o de minérios, não chegou a ter sua agência reguladora. O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) foi instituído como uma autarquia em 1994, como autorizado pela Lei nº 8.876/94. Todavia, a Lei não atribui ao DNPM expressamente o exercício do poder regulador ou a sua submissão ao regime jurídico especial.

Por outro lado, outras autarquias passaram a ser submetidas ao novo “regime especial”, ainda que sem qualquer menção pelo texto constitucional. Por exemplo, a ANVISA foi assinalada pela Lei nº 9.782/99 como sendo submetida ao regime autárquico especial, caracterizado “pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”, na forma do parágrafo único do art. 3º da referida Lei. Ou seja, apesar de não utilizar o termo órgão regulador, foi assegurada à ANVISA uma caracterização muito semelhante à concedida à ANP e à ANATEL.

Outras agências foram criadas com menções similares ao regime autárquico “especial”, como a ANEEL (art. 1º, Lei 9.427/96)⁴¹⁵; ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários e ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ambas conforme a previsão do art. 21, caput e parágrafo único, da Lei nº 10.233/2001); e ANAC (art. 1º da Lei nº 11.182/2005); para citarmos apenas alguns exemplos da esfera federal.

Algumas das autarquias existentes antes da Emenda Constitucional nº 8/1995 foram alçadas ao *status* de órgão regulador, também passando a ser classificadas como autarquias submetidas ao regime especial. Este foi o caso, por exemplo, da CVM, com a alteração do art. 5º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, feita pela Lei nº 10.411, de 2002.

⁴¹⁵ A ANEEL é apontada como a primeira autarquia caracterizada como agência reguladora, nos moldes da reforma de 1995. MOREIRA NETO, Direito Regulatório, p. 190.

3.4. Poder Normativo e Poder Regulatório

Como apontamos, as diversas legislações, ao caracterizarem esses órgãos como autarquias submetidas a um regime especial, só o fizeram caracterizando a sua autonomia⁴¹⁶, representada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Essa caracterização, todavia, não deixa claro os traços distintivos essenciais de um órgão regulador. Desta forma, defendemos que o órgão regulador é caracterizado pelo exercício concomitante de três funções distintas: elaboração de normas; julgamento; e exercício das funções administrativas.

O presente trabalho é centrado em um aspecto específico do poder regulatório, que é a atribuição para elaboração de normas (*rulemaking*). Designamos esta atribuição específica como **poder normativo**, poder este que integra um conjunto de atribuições mais amplo, referido como **poder regulatório**.

Numa análise objetiva, verificamos que o exercício do poder normativo é o verdadeiro traço de distinção dos órgãos reguladores em relação aos demais entes administrativos. Qualquer órgão público concentra em si, em maior ou menor grau, o exercício das funções administrativas e o poder de julgamento. O exercício de funções administrativas é inerente a qualquer órgão administrativo. O poder de decidir as questões que lhes são apresentadas, e que estejam dentro de sua esfera de atribuições, é igualmente inerente a qualquer órgão público, ainda que tal julgamento, no sistema pátrio, não seja definitivo, podendo sempre ser revisto pelo Poder Judiciário. O que distingue os órgãos reguladores dos demais órgãos públicos é reunir em si, ao mesmo tempo, três funções: elaboração de normas; funções administrativas; e julgamento. Ser ou não independente não é um elemento essencial do conceito, eis que é possível que um órgão da Administração Pública Direta faça às vezes de órgão regulador, nos moldes acima definidos. A independência dos órgãos reguladores foi uma característica adotada pela reforma de 1995 como forma de alteração das relações de poder então existentes na burocracia estatal pátria, mas não é um elemento essencial para o instituto jurídico ora em estudo.

Como já comentamos, no caso brasileiro, o poder regulatório das agências acabou sendo previsto em dispositivos normativos dispersos, sem uma sistematização legal ou jurisprudencial. De fato, há diversas passagens nos diplomas legais acima referidos que preveem de forma explícita a possibilidade das agências reguladoras emitirem normas, a

⁴¹⁶ ARAGÃO [2002], op. cit., p. 26.

serem aplicadas dentro dos respectivos setores econômicos. Para citarmos apenas alguns exemplos, podemos mencionar que a Lei nº 9.427/96 assegurou à ANEEL a atribuição não só de regular o setor de energia (art. 2º), mas também de aprovar regras para comercialização de energia (inciso XIV do art. 3º). A Lei nº 10.233/2001 previu que caberia à ANTT “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais” (inciso IV do art. 24).

Em relação especificamente às três autarquias citadas no capítulo 1, objeto de nosso estudo, a Legislação foi igualmente expressa ao lhes assegurar a atribuição de expedir atos normativos. Os incisos III e IV do art. 7º da Lei nº 9.782/99 previram a possibilidade da ANVISA estabelecer normas de vigilância sanitária, bem como estabelecer normas e padrões de agentes que envolvam risco à saúde. A legislação previu caber à ANAC, por exemplo, “expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves”, “regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos”, “expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência” e “editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos necessários à aplicação desta Lei” (incisos XI, XIII, XXX e XLVI do art. 6º da Lei nº 11.182/2005). Igualmente em relação à CVM, a delegação de atribuições normativas também é evidenciada na Lei nº 6.385/76, a qual estabeleceu uma ampla atribuição normativa da autarquia:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

[...]

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas para a execução do disposto neste artigo, podendo: (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) [*grifos nossos*]

Essa ampla atribuição normativa acabou sendo reafirmada e detalhada em vários dispositivos da Lei nº 6.385/1976, tais como: inciso I do art. 8º; caput e §3º do art. 11; inciso I e alínea “c” do inciso II do art. 18; §5º do art. 19; §5º e §6º do art. 21; art. 21-A; §1º e §2º do art. 22; §2º do art. 23; e art. 27. Ou seja, o texto legal analisado indicou de forma explícita, em pelo menos 14 (catorze) passagens distintas, a possibilidade da CVM expedir normas para regular a atividade do mercado de valores mobiliários.

Após o breve panorama normativo acima apresentado, constatamos que a introdução das agências reguladoras no direito brasileiro positivo previu explicitamente a possibilidade de essas agências criarem normas dentro das suas esferas de atuação, ainda que tal previsão não tenha sido expressamente assegurada pelo texto constitucional. Por tal motivo se coloca a questão, que enfrentaremos ainda neste capítulo, da possibilidade constitucional de delegação

da função legislativa a um órgão integrante do poder executivo, particularmente sem uma expressa previsão constitucional.

Pretendemos discorrer, no presente capítulo, sobre as principais posições existentes na doutrina brasileira sobre o poder normativo das agências reguladoras, as quais nos servirão mais adiante para contextualizarmos o debate jurisprudencial analisado.

3.5. Teoria Econômica da Regulação

Não podemos ignorar o fato que para entendermos o que faz, ou deve fazer, uma agência reguladora, é necessária a compreensão do que seja regulação. A regulação encontra-se, na verdade, num ponto de interseção entre a Economia e o Direito, e representa um relacionamento complexo travado entre o Estado e os mercados. Como coloca Alexandre Aragão, “[a] relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas”⁴¹⁷. Há entre ambos, Estado e mercado, uma relação de mútua influência e limitação. Por um lado, o Estado, através das suas instituições, das normas jurídicas e da atividade regulatória, é capaz de direcionar, influenciar e limitar a atividade econômica e os comportamentos dos agentes que operam o mercado. Por outro lado, os agentes econômicos são igualmente capazes de influenciar, de forma consciente ou não, as decisões políticas, as normas jurídicas e a sua aplicação, podendo buscar adaptar o Estado e suas instituições às necessidades do sistema econômico⁴¹⁸.

Quando nos referimos ao termo regulação, estamos usando-o na sua acepção de regulação pelo Estado. Excluimos do conceito, portanto, outros tipos de regulação externas ao Estado, como a autorregulação e a regulação não-estatal. Adotando a definição de Alexandre de Aragão, podemos definir regulação como sendo:

[O] conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.^{419 420}

⁴¹⁷ ARAGÃO [2002], op. cit., p. 21.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 21.

⁴¹⁹ Idem, p. 37.

⁴²⁰ Para Leila Cuéllar, a regulação “[p]ode ser concebida, em sentido amplo, como toda forma de intervenção do Estado na economia”. CUÉLLAR, op. cit., p. 53.

O tema sobre a regulação estatal da economia é um ponto que demanda a reflexão. Na verdade, os diversos modelos de Estado admitem graus diversos de intervenção na Economia, que vão desde o completo controle estatal até à total desregulação. A definição do grau de intervenção do Estado na Economia é uma decisão fundamental, a qual, pela sua relevância, acaba balizando o tipo de Estado que será formado.

3.5.1. Regulação na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 dedicou o título VII para tratar da Ordem Econômica e Financeira. Esse título, por sua vez, foi dividido em quatro capítulos: princípios gerais da atividade econômica; política urbana; política agrícola e fundiária; e sistema financeiro. Este último capítulo acabou sendo praticamente extinto pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, tendo a nova redação do texto constitucional se limitado a prever, neste ponto, que a regulação do sistema financeiro se daria por Lei Complementar (art. 192 da Constituição de 1988).

No modelo brasileiro, a regulação da política urbana (capítulo II do título VII) e da política agrícola e fundiária (capítulo III do título VII) ficaram de fora do modelo das agências reguladoras, por opção infraconstitucional. Ainda assim, estes setores permanecem sujeitos à regulação estatal por órgãos como o Ministério das Cidades, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e Instituto Brasileiro de Meio-Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA), para ficarmos apenas com alguns exemplos da esfera federal.

Retornando ao exame do título VII do texto constitucional, que trata da ordem econômica financeira, podemos notar que este título da Constituição da República apresenta cinco formas distintas pelas quais o Estado intervém na atividade econômica, a grande maioria referida no próprio capítulo I deste título:

- pela legislação (como, p. ex., os artigos 172 e 192);
- pela exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173);
- como agente normativo e regulador da atividade econômica, no exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174);
- através da prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (art. 175); e

- por meio do monopólio da prática de determinadas atividades e da propriedade de certos bens (p. ex., artigos 176 e 177).

Verificamos, portanto, que conceitualmente o uso de agências reguladoras não implica no afastamento da intervenção estatal na atividade econômica⁴²¹. Trata-se, sim, da alteração da modalidade de intervenção. Ou seja, o Estado deixa de intervir pela legislação, pela exploração direta da atividade econômica, pela prestação direta de serviços públicos ou por meio do monopólio e passa a atuar como um agente normativo e regulador.

A Constituição não delimitou qual seria o tipo de intervenção a ser adotada em cada caso, em cada setor econômico. Assim, compreendemos que a opção pelo método de intervenção a ser utilizado para cada setor realmente recaiu sobre o legislador ordinário.

Registramos que as formas acima referidas de intervenção do Estado na Economia não são as únicas, nem mesmo no texto constitucional. A própria Constituição prevê outras formas de intervenção do Estado na atividade econômica, por exemplo, pela regulação das relações de trabalho (capítulo II do título II), através da política tributária (capítulo I do título VI) e por meio da seguridade social (capítulo II do título VIII), apenas para ficarmos com algumas ilustrações mais evidentes.

Pois bem, essas considerações são efetuadas para deixar mais clara a seguinte questão: o conceito de regulação estatal da economia é mais amplo do que a atuação das agências reguladoras. As agências reguladoras são apenas uma das formas constitucionalmente possíveis para a intervenção do Estado na Economia. Desta forma, ao falarmos da intervenção estatal na Economia em seu sentido mais amplo, estaremos falando em **regulação estatal**. Esta, todavia, é diferente do **poder regulador**, termo que usaremos especificamente para designar o poder-dever dos agentes normativos e reguladores, sendo, portanto, uma espécie do gênero regulação estatal.

Assim, utilizando-nos de alguns elementos da definição de Alexandre Aragão antes reproduzida, da definição do artigo 174 do texto constitucional e incorporando algumas das reflexões acima expostas, podemos definir o **poder regulador** como sendo uma forma de regulação estatal da atividade econômica atribuída a um órgão estatal, ao qual são adjudicadas funções de **agente normativo**, bem como o exercício da fiscalização, do incentivo e do planejamento de um setor da economia, em substituição ou em complemento de outras formas

⁴²¹ ARAGÃO [2002], op. cit., p. 266.

de regulação estatal. A atuação como agente normativo se dá pela possibilidade de criação de normas aplicáveis ao setor regulado. Esta atuação é complementada pelo exercício do poder-dever inerente à atividade administrativa e pela possibilidade de celebração de instrumentos convencionais com os agentes econômicos regulados. De uma ou de outra forma, o propósito do poder regulador é determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos de determinado setor para a defesa de interesses juridicamente tutelados.

Destacamos que a opção do poder regulador ser exercido por órgãos descentralizados, organizados na forma de agências reguladoras, foi uma opção política de arranjo estatal, a qual não é, por si só, essencial para o conceito de poder regulador. Contudo, apontamos que a Reforma Estatal de 1995 alocou este poder regulador para determinadas autarquias, as quais, pelo fato de serem legalmente dotadas de um regime jurídico “especial”, passaram a ser designadas como agências reguladoras.

3.5.2. Regulação ou Desregulamentação?

Verificamos que a Reforma do Estado de 1995 representou, em síntese, uma alteração do modelo de regulação estatal. A regulação que era realizada em alguns setores da economia pela prestação direta de serviços públicos e pelo monopólio de certas atividades foi substituída por um modelo de regulação através de órgãos reguladores da atividade econômica, organizados sob a forma de autarquias de regime especial denominadas de agências reguladoras. Registramos como exemplo desta sistemática a reforma dos setores de telefonia, energia e petróleo, ocorrida na década de 1990.

Para Leila Cuéllar, a reforma de 1995 implicou em um fenômeno de desregulação ou desregulamentação, não no sentido de anomia, mas, sim, na diminuição qualitativa e quantitativa da regulação estatal. Assim, para Cuéllar, o processo de privatização, ao qual ela se refere como *despublicatio*, implicaria em “procedimentos de redução da atuação estatal no domínio econômico”⁴²².

Não concordamos com Leila Cuéllar, neste ponto. A mudança na forma de atuação do Estado causada pela introdução das agências reguladoras não implica, isoladamente, em aumento ou diminuição da intervenção estatal, pois os setores econômicos em questão continuaram sendo regulados pelo Estado. A maior ou menor influência do Estado sobre o

⁴²² CUÉLLAR, op. cit., p. 58-59.

setor econômico depende, na verdade, do comportamento que for adotado pelo órgão estatal que assumiu as funções de agente regulador.

Utilizando-se de um exemplo prático, tomemos a atuação do Estado no setor de petróleo. Hoje, ele atua diretamente no setor através de uma empresa de economia mista controlada pelo governo federal, a Petrobras, e atua simultaneamente através de uma agência reguladora, a ANP. Qual das duas formas implica numa maior intervenção estatal? *A priori*, não temos como responder. Como observa Majone, a propriedade estatal e o controle público não são sinônimos; assim, nem sempre é possível a imposição de um efetivo controle estatal sobre uma empresa de grande porte de propriedade do Estado⁴²³. A resposta dependerá do comportamento que vier a ser adotado pelas instituições e pelo Estado. Num exemplo hipotético, o governo federal pode indicar para a direção da Petrobras pessoas ligadas ao mercado, sem vinculação política, e pode permitir que a empresa adote decisões competitivas conforme as regras do mercado, sem ingerência do governo central ou sem levar em conta outros interesses que não o lucro da empresa e os interesses de seus acionistas. Por outro lado, neste mesmo exemplo, a ANP poderia emitir uma quantidade elevada de atos normativos, exercer uma fiscalização efetiva na conduta dos agentes econômicos que operam no setor e aplicar sanções financeiras elevadas para qualquer descumprimento de seus atos normativos. Neste nosso exemplo, a intervenção do Estado pela agência reguladora poderia ser mais intensa do que pela atuação direta através de uma empresa estatal. Concluímos, portanto, que a maior ou menor intervenção do Estado na economia não decorre da escolha da forma de atuação selecionada, mas, sim, da efetiva conduta que será desenvolvida pelos órgãos estatais atuantes no setor. A única ressalva que podemos fazer neste ponto é a da regulação através do monopólio estatal, pois, neste caso, parece-nos que a adoção desta forma específica de intervenção estatal é, por definição, mais intensa do que qualquer outra modalidade que se possa conceber. Feitas estas considerações, concluímos que a opção pelo modelo de agências reguladoras não implica, em si, numa estratégia de desregulação, ainda que seja possível o uso deste modelo como forma de se viabilizar politicamente a diminuição da intervenção estatal da economia.

Para Bresser-Pereira, a literatura econômica dos anos 80, particularmente influenciada pela Escola de Chicago e por George Stigler, pregava que era necessário, ao mesmo tempo, desregular e regular. Era necessário desregular para reduzir a intervenção do Estado na

⁴²³ MAJONE, op. cit., p. 7.

economia, pois a teoria econômica dominante adotava como premissa que o mercado teria a capacidade de coordenar a economia de forma ótima. Ao mesmo tempo, seria necessário regular para viabilizar o processo de privatização⁴²⁴.

Parece-nos que a explicação de Bresser-Pereira talvez seja a mais convincente, considerando-se o contexto político. Por um lado, o discurso econômico dominante defendia, de forma genérica, a menor intervenção estatal na economia, com a desregulamentação de setores como, por exemplo, o financeiro, para permitir-se a livre circulação de capitais e o acesso do investimento estrangeiro aos mercados globais, adotando como pressuposto que os mercados conseguiriam criar pontos ótimos de equilíbrio. Todavia, admitido o ingresso do investimento estrangeiro em setores que, antes, eram fechados, a efetiva privatização de serviços públicos demandava a criação de um ambiente de segurança jurídica capaz de tornar viáveis investimentos de longo prazo, atrair investidores e dar garantias aos elevados aportes de capital necessários à modernização destes setores. Esse tipo de garantia e proteção ao investimento de longo prazo não poderia ser provida pelo mercado, o qual, por priorizar altas taxas de retorno e investimentos de curto prazo, acaba por funcionar numa lógica de risco e de incerteza. Para que estes investimentos se tornassem viáveis, e atrativos, a regulação estatal mostrou-se necessária como forma de se garantir a segurança de longo prazo dos investidores, missão esta foi delegada às agências reguladoras. Apesar da contradição interna do discurso, a estratégia é compreensível do ponto de vista pragmático.

Note-se que há subjacente à discussão do modelo das agências reguladoras um debate que lhe é anterior, o qual diz respeito exatamente sobre a necessidade, ou não, da intervenção estatal na economia. Como apontamos, o uso do modelo de agência reguladora não implica em aumentar ou diminuir a intervenção estatal, questão esta que depende, na verdade, da forma como se dará a atuação destes órgãos estatais, os quais podem intervir de forma mais ou menos intensa nos respectivos setores econômicos. Todavia, é natural que ao se discutir este modelo de intervenção na economia surjam, de forma implícita ou explícita, questionamentos sobre a própria necessidade de o Estado intervir nos mercados.

A regulação econômica estatal, nos moldes contemporaneamente adotados nas grandes economias ocidentais, não é idealizada para que o Estado atue num mercado competitivo que seja capaz de se autorregular através da livre competição e das leis da oferta e da procura. A

⁴²⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. **Lua Nova** - Revista de Cultura Política, n° 45, 1998, p. 49-95. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2012.

regulação estatal se justifica exatamente naqueles mercados onde há uma situação de desequilíbrio. Nestes casos, parte da doutrina defende ser necessária a intervenção de um agente externo, o Estado, capaz de impor regras e dotado de poder para intervir, de forma a restaurar o equilíbrio e corrigir as falhas do mercado⁴²⁵. Portanto, a regulação estatal da economia tem como pressuposto a existência de uma natural imperfeição do mercado, a qual exigiria a tutela estatal⁴²⁶. Se, por outro lado, admitíssemos a premissa de que os mecanismos de oferta e demanda dos mercados são capazes de corrigir todas estas falhas, teríamos como decorrência lógica a desnecessidade da intervenção estatal. A discordância quanto a esta premissa fundamental acaba por explicar muitos dos conflitos que surgem em torno do papel do Estado e das agências reguladoras.

3.5.3. Influência da Teoria da Regulação Econômica de Stigler

A partir da década de 1970, a teoria da regulação estatal da economia passou por um processo de reavaliação, particularmente a partir das obras de George Stigler, Richard Posner, Sam Peltzman e Gary Becker⁴²⁷. A discussão crítica sobre a regulação estatal adquiriu um novo fôlego com o artigo *A Teoria da Regulação Econômica*, de George Stigler, de 1971. Para Stigler, o Estado, através da regulação, é capaz de ajudar ou prejudicar seletivamente um vasto número de agentes econômicos. A tese central de Stigler é que a regulação é, na maioria das vezes, perseguida pelos agentes econômicos, e que, em regra, é concebida e operada fundamentalmente em seu benefício, ainda que excepcionalmente a regulação possa trazer alguns ônus à indústria regulada⁴²⁸.

Segundo Stigler, o Estado é dotado de um recurso que não está disponível nem mesmo ao mais poderoso dos seus cidadãos: o poder de coagir. Esse poder estatal, portanto, criaria a possibilidade de um agente econômico fazer uso do Estado para maximizar a sua lucratividade. Na sua visão, haveria quatro mecanismos regulatórios estatais que poderiam ser usados pelos agentes econômicos em seu próprio benefício: a subvenção direta em dinheiro; o controle e a limitação de entrada de novos concorrentes; a contenção do crescimento de produtos substitutos e complementares (competição intersetorial); e a fixação de preços,

⁴²⁵ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 77-78 e 135-136.

⁴²⁶ CUÉLLAR, op. cit., p. 53.

⁴²⁷ PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação Depois de uma Década de Desregulação in MATTOS, Paulo (Coord.) et al. **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 81-127.

⁴²⁸ STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica in MATTOS, Paulo (Coord.) et al. **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

destinada à obtenção de taxas de lucro maiores do que as que seriam obtidas num setor competitivo⁴²⁹.

Ainda de acordo com a teoria de Stigler, os setores regulados da Economia operariam numa lógica semelhante à de um cartel ou de um oligopólio. Assim, o setor sujeito à regulação estatal seria regido não pelas regras de decisão do mercado, mas, sim, pelas regras do processo político de tomada de decisão. Os agentes econômicos, por sua vez, podem obter poder político através dos partidos políticos, desde que estejam preparados para arcar com dois insumos que os partidos políticos necessitam: votos e recursos financeiros. Para Stigler, quanto mais concentrado for o setor econômico, mais recursos ele terá para obter a regulação desejada⁴³⁰. Neste contexto, Stigler propôs a seguinte hipótese geral: “toda a indústria ou toda a ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada”, bem como buscará regras regulatórias para prejudicar o crescimento de novos competidores⁴³¹. Em outras palavras, por essa teoria, se um determinado setor econômico obtém poder político suficiente, buscará, através da regulação estatal, limitar a entrada de novos competidores em seu setor, passando a agir como um cartel ou um oligopólio.

Para Richard Posner, a teoria da regulação econômica de Stigler seria uma versão refinada e mais bem acabada da **teoria da captura**. Para a teoria da captura, a regulação estatal da Economia não é uma forma de se atender ao interesse público, mas, sim, um processo pelo qual os grupos de interesse procuram promover seus interesses privados. Portanto, com o passar do tempo, para esta teoria, as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado⁴³².

A teoria de Stigler recebeu a contribuição de Posner, na medida em que este conseguiu descrever a teoria daquele com uma precisão maior. Para Posner, a regulação econômica seria o uso do poder coercitivo do Estado na esfera econômica, poder este que seria usado para dar benefícios a indivíduos ou grupos específicos. Vista desta forma, a regulação poderia ser analisada como um produto, cuja alocação seria governada pelas leis da oferta e da demanda⁴³³. Ainda segundo Posner, o efeito dos instrumentos regulatórios típicos é o mesmo

⁴²⁹ STIGLER, op. cit., p. 25-28.

⁴³⁰ Ibidem, p. 33-38.

⁴³¹ Idem, p. 27.

⁴³² POSNER, Richard A. Teorias da Regulação Econômica in MATTOS, Paulo (Coord.) *et al.* **Regulação Econômica e Democracia**: o Debate Norte-Americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 56-59.

⁴³³ Ibidem, p. 60.

do cartel, acarretando o aumento dos preços praticados a patamares superiores ao nível competitivo, ou seja, ao preço que seria praticado em um mercado não cartelizado. Todavia, apesar do efeito semelhante, para Posner a teoria da cartelização não seria diretamente aplicável aos mercados regulados, havendo diferenças entre o padrão da regulação e o padrão da cartelização. Destacamos que, ao contrário de Stigler, Posner defende que a prova empírica indica ser menos provável que mercados altamente concentrados obtenham uma regulação favorável do que mercados pouco concentrados⁴³⁴.

Cumpramos destacar a seguinte ressalva de Richard Posner ao criticar a teoria de Stigler e as demais teorias existentes sobre a regulação estatal da economia:

Não se pode dizer que qualquer uma das teorias possui, no momento, suporte empírico significativo. Na verdade, nenhuma teoria foi refinada até o ponto em que ela poderia gerar hipóteses suficientemente precisas para serem verificadas empiricamente.⁴³⁵

Apesar da ressalva expressa de Posner quanto à ausência de suporte empírico para comprovação da teoria da captura ou da teoria da regulação econômica de Stigler, o fato é que os textos de Stigler e de Posner acabaram servindo de suporte teórico para aqueles que defendiam, no quarto final do século XX, a diminuição da regulação estatal, questão esta analisada no capítulo anterior. E a falta de evidência empírica apontada por Posner não impediu que George Stigler recebesse, em 1982, o prêmio Nobel de economia pelos seus “estudos seminais das estruturas industriais, funcionamentos de mercados e causas e efeitos da regulação pública”⁴³⁶.

As ideias de Stigler foram posteriormente ampliadas por Sam Peltzman, o qual, a partir da teoria acima, desenvolveu um modelo econômico próprio, concluindo que na disputa de interesses que ocorre no processo regulatório, “o interesse do produtor tende a prevalecer sobre o interesse do consumidor”⁴³⁷.

⁴³⁴ POSNER, R., op. cit., p. 62.

⁴³⁵ Ibidem, p. 74.

⁴³⁶ “[...] seminal studies of industrial structures, functioning of markets and causes and effects of public regulation”. Tradução nossa. Disponível em <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1982/>. Acesso em 15 abr. 2012.

⁴³⁷ No original, “the producer interest tends to prevail over the consumer interest.” Tradução nossa. PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation. Working Paper no. 133. **Journal of Law and Economics**, Vol. 19, no. 2 (1976): 211-240.

3.5.4. Crítica de McCloskey e as Dificuldades da Teoria de Stigler

Pois bem, a construção de uma teoria econômica sem evidências empíricas e o uso de premissas morais para a elaboração de um discurso econômico supostamente científico foi denominada por Deirdre McCloskey como a “retórica da Economia” (“*The Rhetoric of Economics*”). McCloskey critica especificamente os trabalhos de Richard Posner e sua influência no Direito, apontando que os economistas estariam utilizando um jargão econômico para ocultar um discurso sobre valores morais. Para McCloskey, uma determinada narrativa pode ser inteiramente representada por um modelo matemático. Todavia, aquela representação matemática inclui em sua confecção algumas premissas que estão relacionadas a valores morais, os quais acabam sendo ocultados sob o discurso científico⁴³⁸.

Concordamos com McCloskey que o discurso econômico muitas das vezes inclui, em si, um debate sobre valores morais. Particularmente opinamos que a teoria de Stigler, Posner e Peltzman partem de premissas morais e de determinadas visões de mundo, adotando uma visão pessimista quanto à capacidade da atuação estatal atender aos interesses da coletividade. Não defendemos que a adoção dessas premissas morais torne as suas teorias inválidas. Todavia, como todo discurso moral, essas teorias não podem pretender a uma demonstração científica, nem podem almejar serem tratadas como verdades acabadas. Os juízos morais não são capazes de expressar uma afirmação de fato, revelando, na verdade, opções de valor⁴³⁹.

Pois bem, a partir da teoria de Stigler, convém examinarmos o caso brasileiro. Passada mais de uma década da criação das agências reguladoras, temos diversos exemplos de que, em determinados casos, as agências são capazes de atuar, e efetivamente atuam, de forma contrária aos interesses das empresas reguladas. Os três exemplos analisados neste estudo, descritos no capítulo 1, são todos casos em que a regulação produzida pela agência reguladora contrariou os interesses do setor regulado.

Além dos exemplos referidos no capítulo 1, podemos citar outros episódios recentes em que a regulação estatal contrariou frontalmente os interesses do setor regulador. Em 2011, por exemplo, a ANATEL editou a Resolução 576/2011 com novas regras para o reajuste de tarifas da telefonia, a qual acarretou uma redução de 10,78% nas tarifas de telefonia celular no

⁴³⁸ MCCLOSKEY, Deirdre N. **The Rhetoric of Economics**, 2ª Ed. Madison (Wisconsin): The University of Wisconsin Press, 1998. p. 3-19 e 187-192.

⁴³⁹ FREITAS FILHO (2009), op. cit., p. 163-164.

ano de 2012⁴⁴⁰. Esta Resolução acabou sendo questionada judicialmente pela empresa Telemar Norte Leste S.A., a qual inicialmente obteve liminar para suspender os efeitos da Resolução. A redução da tarifa imposta pela agência acabou sendo restaurada após o deferimento do pedido de suspensão de liminar apresentado pela ANATEL ao STJ, na SLS 1546⁴⁴¹.

Outro exemplo recente foi a redução na tarifa de energia elétrica determinada pela ANEEL através da Resolução Normativa 457. Por esta Resolução, a ANEEL determinou que as empresas distribuidoras de energia elétrica que recebiam incentivos fiscais no Imposto de Renda, em razão de operarem na região Norte e Nordeste, deveriam repassar aos consumidores a diminuição do custo da tarifa, estabelecendo que os benefícios fiscais em questão não poderiam ser apropriados pelas concessionárias de energia⁴⁴². Este caso também foi questionado judicialmente pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) através de Mandado de Segurança, igualmente com concessão de liminar favorável às empresas. Também neste episódio o cumprimento da Resolução Normativa foi possível através do deferimento do pedido de suspensão de liminar pela Presidência do STJ, na SS 2566⁴⁴³. Todavia, a resolução acabou sendo suspensa pelo STF, por decisão liminar na Reclamação Constitucional interposta pela ABRADEE⁴⁴⁴.

Longe de querermos discutir as questões de fundo de cada caso, pretendemos apenas apontar que os casos relatados no capítulo 1 e os acima brevemente retratados demonstram que, na realidade brasileira, as agências reguladoras efetivamente editam atos normativos que são contrários ao setor regulado. Demonstram, ainda, que em determinados casos as agências podem se engajar ativamente em batalhas judiciais, enfrentando liminares e tendo que recorrer aos Presidentes dos Tribunais, através de pedidos de suspensão de liminar, para conseguirem manter as suas resoluções, confrontando neste processo a posição das empresas reguladas e das respectivas associações.

⁴⁴⁰ RODRIGUES, Eduardo. Anatel consegue na Justiça manter redução de tarifas. **Veja**, versão *on-line*, 13 abr. 2012. Disponível em < <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/anatel-consegue-na-justica-manter-reducao-de-tarifas>>. Acesso em 21 abr. 2012.

⁴⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS 1546. Ministro Ari Pargendler. Decisão Monocrática da Presidência. DJe 17/04/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 21 abr. 2012.

⁴⁴² STJ reativa resolução que retira incentivos fiscais. Consultor Jurídico. 15 abr. 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-15/decisao-stj-reativa-resolucao-aneel-retira-incentivos-fiscais>>. Acesso em 21 abr. 2012.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SS 2566. Ministro Ari Pargendler. Decisão Monocrática da Presidência. DJe 12/04/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 21 abr. 2012.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 13717. Ministro Presidente. DJe de 04/06/2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 jun. 2012.

Não fazemos esta observação para alegar que as agências reguladoras atuam sempre, ou mesmo com maior frequência, de forma contrária aos entes regulados. Tal afirmação, ou sua negação, demandaria um exame empírico mais amplo. O que pretendemos demonstrar é que há casos, e que não são raros, em que os interesses das agências reguladoras se contrapõem ao dos entes regulados.

Apresentados os argumentos acima, depreendemos que a teoria da regulação econômica de Stigler deixa de explicar alguns fenômenos verificados na experiência empírica. Em outras palavras, a teoria de Stigler não explica porque ainda que um setor econômico altamente concentrado possa influenciar os agentes reguladores, isso não lhe garante que a atividade regulatória será sempre favorável. Se realmente a regulação é uma mercadoria que pode ser adquirida pelo poder econômico regulado, e se o poder do setor econômico não se alterou, não há uma explicação para que, em dados casos, a regulação expedida seja desfavorável ao setor. Parece-nos, portanto, que esta relação seja mais complexa, sendo influenciada por diversos outros fatores e variáveis que não podem ser diretamente controlados pelos agentes econômicos regulados.

Ressalvamos que não estamos afirmamos, e nem temos tal pretensão, que os exemplos descritos invalidam a teoria de Stigler. O que apontamos é que a conduta empiricamente verificada e relatada acima não parece se amoldar ao tipo de comportamento que seria esperado de uma organização capturada por agentes econômicos. Assim, ainda que a teoria de Stigler esteja correta, o que não descartamos, verificamos que as agências reguladoras são capazes, em alguns casos, de editar atos normativos diametralmente contrários aos interesses do setor regulado, a despeito da possível influência que os agentes econômicos possam exercer na atividade estatal.

Mesmo que consideremos corretas as premissas de Stigler, registramos que a teoria não justificaria o abandono da regulação estatal. A regulação estatal aplica-se, em geral, a setores com desvios de competitividade e que possuem falhas de mercado, normalmente em atividades operadas em sistema de monopólio ou oligopólio. Pois bem, para se justificar a não regulação estatal, não bastaria alegarmos a possível influência do setor econômico no Estado. O abandono da regulação estatal somente se justificaria se concluíssemos que um monopólio ou oligopólio funciona melhor quando atua de forma desregulada do que quando sujeito à regulação estatal. Todavia, a teoria de Stigler não provê os argumentos necessários para que se chegue a tal conclusão.

Explicando melhor esta questão, verificamos que a teoria de Stigler aponta que os setores regulados tentarão influenciar os entes estatais para obter uma regulação favorável, seja para impedir o acesso e crescimento de novos competidores, seja para manter os preços regulados em patamar superior ao valor que seria obtido num mercado competitivo. Ocorre que tal afirmação pode ser igualmente verdadeira para um oligopólio não regulado. Ou seja, um monopólio ou um oligopólio poderão tentar obter estes mesmos resultados através de outras ferramentas econômicas, inclusive através do exercício abusivo de uma posição de dominância econômica, mesmo sem a regulação estatal. São inúmeros os exemplos de práticas desleais que podem ser cometidas por um monopólio ou oligopólio, como o *dumping*; o cartel; a venda casada; os contratos de exclusividade; a combinação de preços; o estabelecimento de cotas de mercado; o impedimento de acesso a insumos, tecnologia ou canais de distribuição; entre tantos outros exemplos de possíveis infrações à ordem econômica⁴⁴⁵.

Desta forma, somente se justificaria a desregulação estatal ante a conclusão de que as infrações à ordem econômicas e o exercício abusivo da posição de domínio econômico por um monopólio ou oligopólio que operam sem a intervenção estatal são menos lesivos do que os danos causados pela influência destes mesmos setores na atividade de regulação estatal. Todavia, as teorias econômicas acima descritas não fornecem elementos que embasem tal ilação.

Por outro lado, a teoria da regulação econômica de Stigler e a teoria da captura tampouco justificam a substituição da regulação feita pelas agências reguladoras por outras formas de regulação estatal. Isto porque, se tais teorias estão corretas, os mesmos mecanismos capazes de gerar uma regulação favorável pelas agências reguladoras poderiam propiciar a captura de outros entes estatais para se obter, por exemplo, uma legislação favorável ou uma decisão judicial favorável.

Verifica-se, portanto, que a conclusão possível de se chegar através das teorias acima referidas é que devem ser previstos mecanismos que impeçam, ou ao menos dificultem, a captura do Estado pelo setor econômico. Neste contexto, podemos indicar que o conceito de agências reguladoras dotadas de certa independência, administradas por dirigentes detentores de um mandato fixo, apoiadas por um corpo técnico admitido mediante concurso público,

⁴⁴⁵ Cf. as infrações constantes nos diversos incisos do art. 36 da Lei nº 12.519/2011.

podem ser considerada como uma tentativa de se minimizar os mecanismos descritos por Stigler.

Todavia, entendemos que as questões que envolvem este tema não são, no momento atual, passíveis de serem plenamente demonstradas por modelos matemáticos e estatísticos. Isto porque o comportamento dos entes estatais, dos agentes políticos e dos agentes econômicos envolvidos não é pautado por simples escolhas racionais⁴⁴⁶, sendo influenciados por fatores ideológicos, morais, sociais, emocionais, históricos e políticos. Ademais, pela sua própria natureza, não é possível mensurar-se o efeito da corrupção, do *lobby* e da influência econômica, lícita ou ilícita, no processo de tomada de decisões de um ente governamental.

Como síntese das ideias deste item, entendemos que a questão da intervenção estatal envolve um juízo moral. Ainda que a Economia, a Ciência Política e a pesquisa empírica possam fornecer contribuições ao debate, a opção pela maior ou menor intervenção estatal é uma opção política e ideológica, que, pela sua relevância, tende a conformar o tipo de sociedade que teremos. Estas escolhas são sujeitas ao debate democrático e, portanto, devem ser resolvidas e discutidas pela via democrática. Para os efeitos do presente trabalho, partiremos da premissa que a Constituição Federal autorizou diversas modalidades de intervenção estatal na economia e que o legislador ordinário optou pela criação de autarquias submetidas ao regime especial para regular determinados setores econômicos. *A priori*, tais opções são válidas do ponto de vista democrático, eis que tomadas pelos instrumentos jurídicos apropriados. Esses instrumentos jurídicos revelam opções políticas, que podem até ser questionadas pelo debate democrático ou filosófico, mas que são juridicamente válidas como forma de escolha de um valor moral.

Estendendo que a questão da intervenção estatal, ou não, é uma escolha moral, a ser tomada por cada sociedade. Postulamos, ainda, que tal escolha admite diversos graus, podendo-se optar por uma intervenção estatal maior ou menor, não sendo um jogo de tudo ou nada. Por fim, entendemos que tal escolha pode admitir soluções distintas em contextos fáticos diversos, sendo compreensível, por exemplo, que determinada sociedade, em um dado momento histórico, em determinado contexto político, opte pela não intervenção em um setor da economia, mas escolha que outro setor seja mantido sob um rígido controle estatal. Todas

⁴⁴⁶ Sobre a teoria da escolha racional, Amartya Sen apresenta uma crítica ao pensamento econômico que busca explicar o comportamento humano a partir de uma simples promoção inteligente do interesse próprio. Para Sen, a evidência empírica apresenta diversos exemplos de que o comportamento humano é influenciado por várias outras variáveis estranhas à teoria da escolha racional. Cf. SEN, op. cit., p. 32-33 e capítulo 8.

estas questões são relevantes para um debate filosófico ou para um estudo de ciência política, mas escapam ao presente estudo acadêmico. Desta forma, limitamos a análise do presente trabalho ao exame das limitações constitucionais e legais que possam existir à intervenção estatal, superando-se o debate quanto à premissa inicial, ou seja, a de que o Estado deve, em determinadas situações, intervir na Economia, para corrigir as possíveis falhas do mercado.

3.6. A Influência Internacional na Reforma de 1995

Um autor relevante para se examinar acerca das reformas da década de 1990 é Luiz Carlos Bresser-Pereira, tanto por ter participado ativamente e politicamente destas reformas, na qualidade de titular do Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado, como por ter produzido uma rica bibliografia acadêmica acerca do assunto⁴⁴⁷. Estes textos podem ser examinados não com a pretensão de se encontrar uma “verdade” por trás da reforma, nem como argumento de autoridade, mas, sim, como uma forma de se tentar analisar o pensamento que influenciou as reformas do Estado da década de 1990 e entender como os agentes compreendiam a própria reforma por eles executada.

Um questionamento válido a se fazer é se tais reformas foram um simples produto das políticas externas de abertura mercado narradas no capítulo anterior, notadamente dos mecanismos do Consenso de Washington e da tríade Banco Mundial, FMI e OMC, ou se foram uma resposta aos problemas e circunstâncias específicos vividos pelo Brasil da década de 1990.

Segundo Bresser-Pereira, a reforma da década de 1990, a qual ele designa por reforma gerencial, não tinha o objetivo de enfraquecer o Estado e, sim, de torná-lo mais forte e eficiente. Assim, na sua visão, a reforma não se encaixaria na ortodoxia do Consenso de Washington, na medida em que buscava fortalecer o Estado⁴⁴⁸. Como explicaremos mais adiante, vemos com ressalva este argumento. Pois bem, no pensamento de Bresser-Pereira, o núcleo da reforma estatal brasileira seria o fortalecimento do Estado, etapa necessária para a garantia dos mercados. Este fortalecimento seria acompanhado, também, pela estruturação da sociedade civil, a qual – segundo Bresser - seria necessária para a garantia da democracia. Ainda de acordo com esta concepção, os mercados seriam impraticáveis sem a existência de

⁴⁴⁷ Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/rgp.asp>>. Acesso em 26 maio 2012.

⁴⁴⁸ BRESSER-PEREIRA [2010], op. cit., p. 184; e GODOY, Arnaldo. **Argumentação e Renovação Institucional em Bresser Pereira**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/2011/11.04-Resenha-ArnaldoGodoy-Construindo_Estado_Republicano.pdf>. Acesso em 4 abr. 2012. p. 1.

uma garantia legal fornecida pelo Estado para assegurar os direitos de propriedade e o respeito aos contratos⁴⁴⁹.

Conforme a narrativa de Bresser-Pereira, o Banco Mundial, num primeiro momento, teria se posicionado de forma indiferente à reforma gerencial. Posteriormente, cerca de três anos depois do início das reformas brasileiras, o Banco Mundial teria se posicionado contrariamente às reformas gerenciais, defendendo a **tese do sequenciamento**, ou seja, que primeiro seria necessário encerrar-se a reforma burocrática para, depois, dar-se início à reforma gerencial⁴⁵⁰. A tese do sequenciamento parte da premissa de que haveria um caminho histórico a ser percorrido pelos Estados, dividido em três etapas: o Estado absolutista; o Estado burocrático; e o Estado gerencial. Assim, segundo tal tese, primeiro ter-se-ia que encerrar a transição do Estado absolutista para o Estado burocrático, para, somente então, dar-se início à transição do Estado burocrático para o Estado gerencial. Esta tese é refutada por Bresser-Pereira.

Pela narrativa de Bresser-Pereira, a reforma de 1995 teria sido, na verdade, influenciada pelo movimento intelectual referido como *New Public Management* (NPM), o qual designa o conjunto de reformas ocorridas na administração pública do Reino Unido a partir da década de 1980. O NPM teria tido sua origem num acordo do governo Thatcher com os altos servidores do governo britânico, em troca da redução dos gastos do Estado. Segundo este acordo, por um lado seriam reduzidos os custos com o Estado através de uma agenda de privatizações, que era o principal interesse do governo Thatcher. Por outro, a administração pública passaria por uma reforma estrutural e de gestão, como forma de valorizar os servidores da alta administração. Estas reformas tinham duas grandes linhas, complementares entre si: a criação de “agências executivas” para realizar as atividades exclusivas do Estado; e a transferência das demais atividades, não exclusivas, para o terceiro setor e para as organizações sociais. Para Bresser-Pereira, a principal influência da reforma gerencial brasileira teria sido o modelo da NPM inglês, não o modelo norte-americano⁴⁵¹.

Contudo, devemos apontar que o modelo britânico de *agências executivas* com liberdade administrativa não foi implantado no Brasil, como reconhece Bresser-Pereira,

⁴⁴⁹ GODOY [2012a], op. cit., p. 1-2.

⁴⁵⁰ Posição que teria sido passada no seminário mundial do Banco Mundial, realizado na Universidade de Maryland, no quadro *Poverty Reduction and Economic Management Network* (redução de pobreza e rede de gerenciamento econômico). BRESSER-PEREIRA [2010], op. cit., p. 184-185.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 185-186.

particularmente em razão da resistência da área econômica do governo, a qual temia que as agências acabassem fugindo do controle orçamentário e financeiro⁴⁵².

As agências *Next Steps*, como ficaram conhecidas as agências britânicas do modelo de NPM, têm diferenças em relação às autarquias brasileiras. Por exemplo, as agências *Next Steps* podem ser criadas pelo governo sem necessidade de legislação; elas possuem regras distintas relativas à administração financeira, aproximando-se ao modelo privado; seus servidores são remunerados de acordo com o desempenho e são contratados por períodos curtos de tempo, havendo maior flexibilidade de contratação e exoneração de gestores⁴⁵³. As agências reguladoras brasileiras nunca tiveram o mesmo tipo de autonomia ou de flexibilidade legal que as agências do modelo britânico. Cumpre destacar que mesmos nos países europeus, como ocorreu na Itália, França e Espanha, para citarmos alguns exemplos, o modelo britânico de agências NPM teve que passar por um processo de adaptação à legislação local, não tendo sido adotado com a mesma amplitude⁴⁵⁴.

Devemos explicar que, no modelo britânico, as agências reguladoras são uma espécie do gênero das agências executivas. O termo agências reguladoras é usado especificamente para designar as agências que regulam setores monopolistas ou oligopolistas. No modelo britânico, as agências reguladoras possuem, além da autonomia administrativa, o poder de definir preços, simulando um mercado competitivo. Todavia, as agências não têm o poder de estabelecer políticas⁴⁵⁵. Verifica-se, portanto, que ainda que o modelo inglês possa ter influenciado intelectualmente a reforma brasileira do Estado de 1995, o modelo de agências britânico não foi seguido pelo Brasil, pois a legislação pátria não efetuou a separação entre agências executivas e agências reguladoras.

Fazemos esta breve digressão para argumentar que o modelo de agências reguladoras brasileiro, apesar da influência do programa *Next Steps*, não reproduziu o sistema britânico. De fato, como veremos ao longo deste capítulo, o sistema nacional se assemelha mais ao modelo estadunidense de agências. Podemos supor que a origem de tal fato tenha sido a influência – direta ou indireta – da tecnocracia norte-americana e de organismos como o Banco Mundial na formulação das políticas públicas brasileiras da década de 1990.

⁴⁵² BRESSER-PEREIRA [2010], op. cit., p. 189-190.

⁴⁵³ Cf. POLLITT, Christopher; et. al. New Public Management in Europe. **Management Online Review**. Out. 2007. Disponível em <<http://repub.eur.nl/res/pub/11553/BSK-2007-004.pdf>>. Acesso em 26 maio 2012.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 4-5;

⁴⁵⁵ BRESSER-PEREIRA [2010], op. cit., p. 188-189.

Cabe-nos, agora, enfrentar o suposto paradoxo apresentado por Bresser-Pereira. Segundo o autor, o modelo brasileiro de agências reguladoras não seria alinhado ao Consenso de Washington, pois a doutrina pregada pelo referido consenso defenderia políticas de desregulamentação. Para Bresser-Pereira, como as agências reguladoras supostamente se oporiam à noção de desregulamentação, restaria demonstrada a ausência de influência do Consenso de Washington na reforma estatal da década de 1990. Não concordamos com esta posição.

Como já apontamos, as agências reguladoras podem ser implementadas por distintos modelos políticos de Estado, podendo ser associada a uma política pública mais ou menos intervencionista. Não há, portanto, uma associação necessária entre a adoção, ou não, das agências reguladoras e políticas de desregulamentação da economia ou ao absentismo estatal⁴⁵⁶. Assim, entendemos que não seria correto afirmar que sua adoção, ou rejeição, estaria relacionada a uma pauta política de menor intervenção do Estado na economia. Trata-se apenas de uma alteração da forma de intervenção do Estado, dentre os diversos tipos possíveis de intervenção. Não se trata, portanto, de uma alteração do conteúdo da política, mas tão somente da mudança da sua forma de execução.

Todavia, além deste ponto, devemos esclarecer o significado do termo desregulamentação para o Consenso de Washington. Para o Consenso de Washington, a desregulamentação não equivalia ao absentismo estatal, mas sim, à retirada das barreiras de entrada e saída nos mercados, questão que explicaremos a seguir. E tal medida não era o ponto central do programa, mas, sim, um ponto de uma lista de dez itens recomendados pelos tecnocratas e economistas norte-americanos.

Para uma melhor análise desta questão, mostra-se adequado lembrarmos os dez pontos do Consenso de Washington: disciplina fiscal; reordenação das prioridades de gastos; reforma fiscal; liberalização das taxas de juros e do setor financeiro; taxa de câmbio competitiva; liberalização do comércio; liberalização dos investimentos estrangeiros diretos; privatização; desregulamentação; e garantia dos direitos de propriedade⁴⁵⁷.

Itens como disciplina fiscal, liberalização das taxas de juros, reforma fiscal e taxa de câmbio competitiva estão mais relacionados à política macroeconômica do que à reforma institucional dos órgãos estatais. Assim, ainda que tenhamos a compreensão de que tais

⁴⁵⁶ Cf. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 266-269.

⁴⁵⁷ WILLIAMSON, op. cit., p. 16-17.

práticas foram efetivamente adotadas no cenário macroeconômico da década de 1990, tal questão foge do escopo do presente estudo.

As agências reguladoras, por sua vez, serviram para atender outros cinco pontos do Consenso de Washington: desregulamentação, no sentido de eliminação das barreiras de entrada e saída; liberalização dos investimentos estrangeiros diretos; privatização; liberalização do comércio; e garantia dos direitos de propriedade.

Devemos apontar que o Consenso de Washington foi concebido como um programa que tinha como pontos centrais a liberalização financeira, abertura do comércio e a privatização. Ele não pregava, necessariamente, um Estado mínimo ou uma política *laissez faire*, não se confundindo, portanto, com os polos mais extremos da política Thatcher-Reagan. O grande ponto de contato entre as duas linhas de pensamento referidas é a agenda de privatizações. Todavia, a ideia de um Estado mínimo, defendido pela política Thatcher-Reagan, havia sido descartada por John Williamson no momento da formulação do Consenso de Washington, pois Williamson entendia que tal medida seria impraticável e um modismo indesejável (“*undesirable fads*”, nas palavras de Williamson)⁴⁵⁸. Assim, não podemos confundir o Consenso de Washington com um simples tratado de defesa do Estado mínimo, ainda que existam pontos de contato entre o Consenso e os defensores da diminuição do aparato estatal, notadamente na questão da privatização.

Quando John Williamson falou em desregulação, no Consenso de Washington, fê-lo com a clara ressalva que se referia tão somente à retirada das barreiras de entrada e saída dos mercados:

9. Desregulação. Focada especificamente na diminuição das barreiras de entrada e saída, não na abolição da regulação concebida por motivos de segurança, de proteção ao meio-ambiente ou para a administração de preços em uma atividade econômica não competitiva.⁴⁵⁹

Logo, a desregulação para Williamson, e para o Consenso de Washington, era menos relacionada com a diminuição do Estado e mais relacionada com a liberalização do comércio, dos fluxos de capital e com a facilitação da entrada de investidores em setores econômicos regulados pelo Estado.

⁴⁵⁸ WILLIAMSON, op. cit., p. 2.

⁴⁵⁹ “Deregulation. This focused specifically on easing barriers to entry and exit, not on abolishing regulations designed for safety or environmental reasons, or to govern prices in a non-competitive industry”. Tradução nossa. Ibidem, p. 3.

Entendendo-se o significado da palavra *desregulação* no sentido original do Consenso de Washington, de eliminação de barreiras para o investimento estrangeiro e para a entrada de novas empresas nos mercados regulados, podemos depreender que as agências reguladoras efetivamente auxiliaram nesta tarefa. Devemos relembrar que a criação das agências reguladoras ocorreu simultaneamente, e de forma articulada, às privatizações; à abertura ao capital estrangeiro, com a extinção das restrições constitucionais do art. 171 da Constituição e com a revogação ao conceito constitucional de empresa estrangeira; e à flexibilização dos monopólios estatais. Todas essas medidas econômicas convergiam não para a diminuição do Estado, mas, sim, para a abertura dos mercados econômicos ao capital internacional.

As agências reguladoras foram, portanto, uma peça importante para a atração do capital internacional, na medida em que minimizavam o risco político de alteração das regras dos setores econômicos privatizados, ao diminuir a influência do Congresso e da Administração Pública direta nestes setores. A criação das agências reguladoras era um sinal aos investidores internacionais de que os contratos de longo prazo seriam honrados e que os respectivos setores seriam regulados por uma nova tecnocracia especializada, a qual seria “independente” do restante da Administração Pública.

Por outro lado, a criação das agências reguladoras tornou politicamente defensável – do ponto de vista interno – tanto as privatizações como a entrada do capital internacional. Isto porque a criação dessas agências era uma garantia à população e ao público interno de que os serviços privatizados continuariam sendo fiscalizados e regulados pelo Estado. As agências foram, portanto, importantes para cinco pontos defendidos pelo Consenso de Washington: tornaram politicamente viável a eliminação das barreiras de entrada e saída de investidores e empresas nos mercados que até então eram monopolizados pelo Estado, como petróleo, energia e telecomunicações; permitiram a liberalização dos investimentos estrangeiros diretos nestes mesmos mercados; viabilizaram a privatização das empresas estatais que atuavam nestes setores; permitiram a abertura do comércio aos produtos relacionados aos setores privatizados, como entrada de aparelhos celulares e de equipamentos necessários à indústria de petróleo, energia e mineração; e garantiram os direitos de propriedade dos investidores, minimizando o risco político das empresas privatizadas voltarem a ser encampadas ou “nacionalizadas” pela Administração Pública. As agências reguladoras funcionavam, neste contexto, como uma garantia institucional à abertura de mercado, assegurando que as decisões relativas aos setores econômicos privatizados seriam adotadas por tecnocratas, não por políticos.

Fazemos esta breve análise para concluir que a reforma estatal brasileira da segunda metade da década de 1990 foi mais o resultado de uma adequação das instituições e mercados brasileiros ao programa político e econômico estabelecido no Consenso de Washington do que uma reforma inspirada no movimento de reforma gerencial das agências britânicas, ainda que existam pontos de contato entre os dois programas. Mesmo reconhecendo a possível influência do NPM e do programa britânico *Next Steps*, a reforma estatal brasileira acabou sendo efetuada menos como uma tentativa de melhoria da eficiência das instituições governamentais e mais como uma forma de se atrair o capital internacional para investimento nos setores brasileiros de infraestrutura econômica. Por tal motivo, é razoável se supor que as agências reguladoras brasileiras têm menor identidade com as agências europeias e as agências *Next Steps*.

Na nossa visão, postulamos que provavelmente o modelo de agências reguladoras brasileiras sofreu maior influência do modelo norte-americano. Tal fato se deu notadamente pela circunstância do modelo do Consenso de Washington ser reconhecido internacionalmente como um selo de qualidade necessário para abertura do país ao capital global. O modelo foi adotado no Brasil tanto em razão da percepção dos governantes da necessidade do capital internacional para a modernização da infraestrutura nacional como por força dos mecanismos de pressão política da tríade FMI, Banco Mundial e OMC, questão explicada no capítulo anterior.

Se, de fato, o modelo de agências reguladoras tivesse sido adotado como forma de se melhorar a gestão do Estado, ele teria sido utilizado em outras autarquias de grande porte, como o IBAMA, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e o INCRA, como ocorre no modelo do direito comparado. Nos Estados Unidos, a atividade ambiental é controlada por uma agência reguladora, a EPA - *Environmental Protection Agency* (Agência de Proteção ao Meio-Ambiente). A seguridade social norte-americana também fica a cargo de uma agência independente, a SSA - *Social Security Administration* (Administração da Seguridade Social)⁴⁶⁰. No Reino Unido, a seguridade social ficou a cargo de uma agência *Next Steps*, abrangendo políticas na área da previdência social, da educação e da saúde⁴⁶¹. No Brasil, como já descrito, as agências reguladoras da década de 1990 foram criadas tão somente para regular setores econômicos privatizados. Nunca se cogitou do uso do modelo para setores sociais, como saúde, educação, previdência social, reforma agrária e meio-ambiente. Se as

⁴⁶⁰ Conforme a seção 701 do *Social Security Act* (Lei da Seguridade Social norte-americana) de 1935.

⁴⁶¹ Cf. POLLITT et. al., op. cit.

reformas da década de 1990 tivessem sido executadas com a preocupação de melhoria do gerenciamento das políticas públicas, haveria de se supor que o modelo de agências reguladoras teria sido expandido para outras autarquias e setores públicos, como meio-ambiente, educação e saúde, notadamente quando se leva em consideração o peso destes gastos no orçamento federal. Assim, é razoável se concluir que a reforma da década de 1990 estava menos preocupada em melhorar a forma de gerenciamento do Estado e mais focada na atração dos investidores internacionais.

3.7. A Doutrina Norte-Americana

Como comentamos no item anterior, o sistema de agências reguladoras brasileiro sofreu a influência do modelo das agências (*agencies*) do Direito anglo-saxão, notadamente do modelo norte-americano⁴⁶². Por tal razão, para um exame no Direito comparado, julgamos conveniente efetuarmos um breve exame da doutrina norte-americana acerca do instituto, não só pela sua influência direta na reforma da década de 1990, mas também pela tradição da regulação estatal norte-americana. Como veremos, a doutrina norte-americana sobre o tema data de mais de um século, sendo conveniente o estudo desta experiência jurídica.

Claro que o exame de qualquer instituto do direito comparado deve ser feito com cautela, para se evitar a importação acrítica de soluções que não são adaptáveis ao ordenamento jurídico existente, ou que não sejam adequadas à realidade social e institucional. Não se desconhece, portanto, o problema da transposição dos institutos, questão que efetivamente pode ser verificada na importação do modelo das agências para o contexto brasileiro. Abordaremos esta questão em tópico próprio.

Todavia, a comparação com sistemas jurídicos estrangeiros é uma ferramenta útil de análise, permitindo o melhor conhecimento do próprio ordenamento jurídico. Como aponta Rodolfo Sacco, o estudo do Direito Comparado é uma ferramenta muito mais ampla do que a simples pretensão de uniformização do Direito ou de importação e reprodução de institutos. A análise do Direito comparado permite a produção de conhecimento sobre os sistemas em

⁴⁶² No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **RETE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº 22, jun./jul./ago. 2010, Salvador (BA); ALVEAL, Carmen. **Estado e Regulação Econômica: o Papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional**. Conferência proferida no Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica. Escola Superior do Ministério Público da União. 20 Maio 2003. Disponível em <<http://www.ppge.ufrgs.br/ATS/disciplinas/11/alveal-2003.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2012; e BARCELOS, Cristina. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras no Direito Norte-Americano e no Direito Brasileiro: Um Estudo Comparado**. Dissertação de Mestrado. Orientação Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 45-63.

comparação. Assim, comparar um sistema jurídico com outros sistemas existentes é uma forma de se obter uma melhor compreensão tanto sobre o sistema estrangeiro como acerca do próprio sistema jurídico^{463 464}.

3.7.1. Agências no Direito Constitucional e no Direito Administrativo Norte-Americano

Apesar da sua importância para o funcionamento do Estado nos EUA, as agências reguladoras não são mencionadas pela Constituição norte-americana ou por qualquer uma de suas emendas, não havendo qualquer previsão para o seu funcionamento no texto constitucional, nem mesmo de forma indireta. Assim, nos EUA, todas as agências reguladoras são previstas, e criadas, pelo texto infraconstitucional⁴⁶⁵.

O estudo do direito regulatório e do papel das agências é designado na doutrina norte-americana como *Administrative Law* (Direito Administrativo Regulatório). Na definição de Richard Pierce Jr, “Direito Administrativo (*Administrative Law*) é o estudo dos papéis das agências de governo no sistema legal dos EUA, incluindo o relacionamento entre as agências e as outras instituições do governo – Congresso, Judiciário e o Presidente”⁴⁶⁶. Aqui, verificamos uma das principais diferenças entre o sistema brasileiro e o norte-americano. Não há, no sistema norte-americano, um ramo do Direito similar ao Direito Administrativo brasileiro ou da Europa continental. O que há de mais próximo é o *Administrative Law* (Direito Administrativo Regulatório). Este fato permite a compreensão da importância das agências no Estado norte-americano. Podemos afirmar, portanto, guardadas as devidas proporções, que estudar o Direito Administrativo no Direito norte-americano significa estudar o funcionamento das agências⁴⁶⁷.

Durante muitos anos, autores clássicos anglo-saxões, como A. V. Dicey⁴⁶⁸, negaram a existência de um Direito Administrativo nos EUA e no Reino Unido. Isto se dava pela percepção de que o Direito Administrativo da Europa continental, notadamente o Direito Administrativo francês, afastaria a possibilidade de se submeter os atos da Administração

⁴⁶³ SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). **The American Journal of Comparative Law**, vol. 39, No. 1 (1991), p. 1-6.

⁴⁶⁴ Sobre a ampliação da importância do Direito comparado em razão do processo de globalização: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Notas Introdutórias ao Direito Comparado**. Disponível em <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/artigos.jsf>>. Acesso em 21 jun. 2012.

⁴⁶⁵ BARCELOS, op. cit., p. 28-31.

⁴⁶⁶ “Administrative law is the study of the roles of government agencies in the U.S. legal system, including the relationships between agencies and the other institutions of government – Congress, the Judiciary, and the President”. Tradução nossa. PIERCE JR, op. cit., p. 1.

⁴⁶⁷ No mesmo sentido: OLIVEIRA, op. cit., p. 2-3.

⁴⁶⁸ DICEY, A. V. *apud* GOODNOW, Frank J. **The Principles of Administrative Law of the United States**. Nova York: The Knickerbocker Press, 1905. p. 2.

Pública ao controle judicial. Como explica Frank Goodnow, em obra clássica do início do século XX, esta negação à existência de um Direito Administrativo anglo-saxão se deveu a uma falta de compreensão dos autores ingleses e norte-americanos, que não perceberam que o Direito Administrativo europeu tratava de vários assuntos que também eram regulados pela legislação dos países de tradição anglo-saxã⁴⁶⁹. Podemos perceber, portanto, que a divergência se devia mais à discordância em relação à dualidade de jurisdição do sistema francês, o qual prevê uma jurisdição administrativa separada da jurisdição comum⁴⁷⁰. Todavia, esta característica não é essencial à existência do Direito Administrativo. Por exemplo, verificando-se o caso brasileiro, apesar de haver duas esferas distintas de Direito, o Direito Público e o Direito Privado, ambos se submetem ao mesmo controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário.

O principal traço de distinção entre o Direito Administrativo de tradição romano-germânica, inspirado no modelo europeu continental, e o Direito Administrativo anglo-saxão é que no modelo romano-germânico reconhece-se a existência de uma distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, admitindo-se que se aplique ao Estado um conjunto de regras jurídicas distinto das normas aplicadas aos cidadãos e empresas, em suas relações privadas. No modelo anglo-saxão, os órgãos públicos e as autoridades administrativas estão submetidos, por princípio, ao mesmo *Rule of Law* (governo pela Lei), ou seja, ao mesmo ordenamento jurídico aplicável a toda a coletividade⁴⁷¹. Esta afirmativa contém, em si, um valor moral, implicando que todas as pessoas, incluindo as autoridades públicas e os órgãos da Administração, estão submetidas a uma mesma Lei; que o poder deve ser exercido dentro da Lei; e que as pessoas não são submetidas ao arbítrio da autoridade pública.

A premissa de que o Estado se submete exatamente ao mesmo conjunto de Leis aplicáveis ao particular, apesar de apontar um relevante juízo moral e revelar as expectativas da sociedade norte-americana em relação ao seu governo, não é uma regra rígida. Do ponto de vista prático, também há no Direito anglo-saxão normas específicas para disciplinar a

⁴⁶⁹ GOODNOW, op. cit., p. 1-3.

⁴⁷⁰ Ao diferenciar o *Rule of Law* do Direito Administrativo europeu, Binjenbojm aponta que na tradição do sistema europeu a legislação administrativa é assumidamente desigual, para conferir à Administração uma posição de supremacia como condição para a satisfação do interesse geral. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

⁴⁷¹ Como aponta Kenneth C. Davis, há uma grande semelhança entre os argumentos de defesa do *Rule of Law* e a defesa do princípio da legalidade, feito por autores europeus como Leon Duguit. Acerca do princípio do *Rule of Law*, cf. DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative Law and Government**, 2ª Ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1975, p. 28-34.

atividade administrativa, como veremos^{472 473}. Por sinal, arriscamos afirmar que qualquer país contemporâneo minimamente democrático, que possua uma estrutura de governo formal e organizada, leis positivadas e instituições jurídicas efetivas, provavelmente terá em seu ordenamento jurídico algum conjunto de regras próprias para disciplinar a atuação da Administração Pública⁴⁷⁴. Os países anglo-saxões não são, neste ponto, uma exceção.

Por outro lado, há no Direito norte-americano uma cisão entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, a qual não é nítida no Direito pátrio. O Direito Constitucional norte-americano apenas estabelece a forma geral do governo e o relacionamento entre os Poderes constitucionais, ou seja, entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo ao Direito Administrativo delinear a forma de funcionamento e detalhamento da estrutura geral estabelecida pela Constituição. Assim, por exemplo, podemos dizer que o Direito Constitucional norte-americano regula os poderes e atribuições do Chefe do Executivo, enquanto que o Direito Administrativo regula os poderes, competências e funcionamento dos diversos órgãos, agências e departamentos ligados ao Executivo⁴⁷⁵.

3.7.2. As Fases da Regulação nos EUA

3.7.2.1. A Fase Liberal: 1776-1887

Após a independência norte-americana, em 1776, houve o progressivo dismantelamento do sistema britânico mercantilista, de elevado controle da economia. É provável que este movimento tenha sido parcialmente influenciado pelas ideias de Adam Smith e da sua obra *A Riqueza das Nações*. Contudo, não se pode confundir este período liberal com um governo *laissez-faire*. Mesmo nesta fase, o governo federal e os governos estaduais norte-americanos já desempenhavam um papel relevante na economia, como, por exemplo, através do estabelecimento de tarifas de comércio exterior, da garantia de monopólios a empresas privadas, da regulação do comércio marítimo, da operação do correio e da construção de ferrovias, canais, estradas e outras infraestruturas de transportes. Fora do setor de transporte, correios, comércio marítimo e dos monopólios privados garantidos pelo

⁴⁷² O exemplo mais evidente é a Lei de Procedimentos Administrativos norte-americana, a APA (*Administrative Procedures Act*), que prevê um conjunto de regras aplicáveis especificamente para a Administração Pública.

⁴⁷³ Kenneth C. Davis aponta que o Direito Administrativo norte-americano claramente não se limita às agências reguladoras, apesar da literatura jurídica enfatizar especificamente as questões regulatórias. Davis aponta que áreas relevantes da atividade do governo, como os contratos administrativos e os subsídios públicos, são regidas por normas de Direito Administrativo, as quais são comumente negligenciados pela doutrina norte-americana. DAVIS, op. cit., p. 6-7.

⁴⁷⁴ Cf. GOODNOW, op. cit., p. 1-15.

⁴⁷⁵ Idem, p. 16-17.

governo, vigia a política dos mercados livres e iguais (*free and equal markets*), os quais não se submetiam a qualquer restrição por parte do governo⁴⁷⁶.

Nesta fase, apesar do governo norte-americano já exercer a regulação econômica, ainda que em um grau relativamente restrito, esta ainda era feita principalmente pela administração direta central e pelos governos estaduais, sem a estrutura de agências reguladoras.

3.7.2.2. Início das Agências Reguladoras: 1887-1930

A primeira agência reguladora norte-americana foi a ICC – *Interstate Commerce Commission* (Comissão de Comércio Interestadual), criada em 1887. Sua missão era regular o setor ferroviário norte-americano. Os motivos comumente apontados para a criação da ICC teriam sido o grande poder econômico que o oligopólio das grandes ferrovias exercia na segunda metade do século XIX e a necessidade de proteção dos pequenos transportadores, que eram discriminados pela política de preços praticados pelas ferrovias, a qual privilegiava os grandes fretes. A criação do ICC reflete uma concepção de regulação, segundo a qual a disputa de poder entre as ferrovias e os transportadores deveria de ser resolvida por uma agência independente da política, composta por especialistas em ferrovias. Este é o início da concepção da regulação econômica por agências reguladoras independentes^{477 478}.

Outra importante agência reguladora criada neste período foi a FTC – *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), criada em 1914. A FTC foi designada como agência reguladora a partir da transformação de um órgão do executivo chamado de *Bureau of Corporations* (Escritório das Corporações), o qual havia sido criado em 1903. Guardadas as devidas proporções, a FTC é uma instituição homóloga ao CADE brasileiro, atuando na regulação da concorrência e na fiscalização das práticas de concorrência desleal e de abuso do poder econômico, agindo particularmente como uma agência antitruste. Mais modernamente, a FTC ampliou o seu papel, passando também a atuar na defesa dos consumidores⁴⁷⁹. Ainda nesta época, em 1913, também foi criado o sistema do FED - *Federal Reserve System* (Sistema Federal de Reservas), instituição correlata ao Banco Central.

⁴⁷⁶ BREYER et. al., op. cit., p. 15.

⁴⁷⁷ Idem, p. 16-17; e BARCELOS, op. cit., p. 31-35.

⁴⁷⁸ Kenneth C. Davis registra que as primeiras agências norte-americanas foram criadas ainda no século XVIII, em 1789, com a criação de uma agência para estimar os impostos a serem pagos na importação e outra para o pagamento de pensões aos militares inválidos. Essas agências, todavia, eram órgãos do governo e ainda não tinham as características de uma agência reguladora. DAVIS, op. cit., p. 11.

⁴⁷⁹ FEDERAL Trade Commission. **About the Federal Trade Commission**. Disponível em <<http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>>. Acesso em 12 jun. 2012.

Concomitantemente com o início da regulação por agências, e com a maior intervenção estatal na economia, surgiram também as primeiras tentativas das empresas reguladas de anular judicialmente a regulação estatal. Neste período, as cortes norte-americanas formularam a teoria clássica do controle judicial da regulação. O modelo tradicional de controle judicial, desenvolvido na primeira metade do século XX, pode ser sintetizado em quatro premissas: a aplicação de sanções a pessoas privadas deve ser autorizada pela legislação, através do uso de regras ou princípios (*standards*) que diminuam a discricionariedade da agência; os procedimentos usados pelas agências devem assegurar que a agência observe as diretrizes legislativas; o controle judicial deve garantir que as agências usem processos decisórios imparciais, precisos e adequados às diretrizes da legislação; e os processos a cargo das agências devem facilitar o controle judicial⁴⁸⁰.

3.7.2.3. Grande Depressão e o *New Deal*: 1930-1945

Com o *crash* da bolsa de *Wall Street*, em 1929, e a Grande Depressão da década de 1930, tornou-se necessária a rediscussão do papel do Estado e da regulação econômica⁴⁸¹. Um dos pontos principais foi a alteração do papel dos governos estaduais na economia. Os economistas *new dealers* defendiam que os governos estaduais estavam mais sujeitos à pressão dos grupos econômicos, que poderiam mudar a sua sede para outro Estado mais atrativo ou mais suscetível aos seus interesses (Estado usado, aqui, na acepção de unidade da federação), sendo, portanto, mais facilmente controlados pelas empresas reguladas. Assim, nesta época, houve o fortalecimento não só do poder estatal de intervenção na economia, mas particularmente da autoridade do governo federal, passando-se a defender que a intervenção na economia deveria ser efetuada de forma centralizada, por uma autoridade nacional.

A aguda crise econômica enfraqueceu o argumento da autorregulação dos mercados. Este foi o período de grande expansão do modelo de agências reguladoras, tanto pela criação de novas agências, como pelo fortalecimento das agências já existentes. É nesta fase também que passa a se relativizar o princípio da separação de poderes e passa a se defender que o Executivo concentre em si funções de elaboração de normas (*rulemaking*) e de julgamento (*adjudication*). Esta concentração de poderes deu início o debate acerca da constitucionalidade do processo administrativo a cargo das agências. A ordem dos advogados norte-americana, a ABA – *American Bar Association*, e vários críticos do sistema passaram a alegar a inconstitucionalidade da concentração de poderes. Estes setores passaram a defender

⁴⁸⁰ BREYER, op. cit., p. 17.

⁴⁸¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 3-4.

que as funções de julgamento das agências deveriam ser transferidas para tribunais independentes e que deveria haver um maior controle judicial sobre os atos emitidos pelas agências⁴⁸². Como aponta Kenneth C. Davis, com o *New Deal*, o antagonismo em relação aos órgãos da burocracia estatal atingiu níveis alarmantes⁴⁸³.

É nesta fase que surgem o SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários e Câmbio), destinado a controlar o mercado de capitais (1934); o FCC – *Federal Communications Commission* (Comissão Federal de Comunicações), para regular o setor de telecomunicações (1934); o NLRB – *National Labor Relations Board* (Conselho Nacional de Relações Trabalhistas), para regulação das relações trabalhistas e dos sindicatos (1935); e a SSA – *Social Security Administration* (Administração da Seguridade Social), destinada a gerenciar a seguridade social, aposentadorias e pensões (1935).

3.7.2.4. Criação da Lei Geral das Agências e Amadurecimento: 1946-1965

Com o fim da crise econômica, na década de 1940, a crítica ao sistema das agências se acirrou, tendo seu ápice com a aprovação pelo Congresso da Lei Walter-Logan, a qual restringia severamente a discricionariedade das agências e que foi apoiada pela ABA, a ordem dos advogados norte-americanos. A Lei Walter-Logan acabou sendo vetada pelo Presidente Roosevelt, que acusava a ABA e os críticos das agências de quererem escapar da regulação do governo e de pretenderem resolver seus problemas através de advogados e processos judiciais⁴⁸⁴. Paralelamente, em 1939, o Presidente Roosevelt já havia solicitado que o Advogado-Geral (*Attorney General*) designasse um comitê para estudar a necessidade de uma reforma de procedimentos no campo do Direito Administrativo⁴⁸⁵.

A disputa entre os *new dealers* – que defendiam um maior poder para as agências – e os críticos somente foi apaziguada com a entrada em vigor do APA – *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimentos Administrativos), em 1946. O APA foi feito a partir dos trabalhos da Comissão criada pelo Presidente Roosevelt⁴⁸⁶ e pode ser avaliado como uma solução de meio-termo entre as posições dos *new dealers* e dos críticos. O APA pode ser considerado como a lei geral das agências, nos EUA⁴⁸⁷, e sua aprovação deu início ao período

⁴⁸² BREYER, op. cit., p. 19.

⁴⁸³ DAVIS, op. cit., p. 12.

⁴⁸⁴ BREYER, op. cit., p. 20-21.

⁴⁸⁵ DAVIS, op. cit., p. 12.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 12.

⁴⁸⁷ Richard Pierce afirma que o APA é para o direito administrativo o que a Constituição é para o direito constitucional. PIERCE JR, op. cit., p. 3.

de amadurecimento do sistema das agências reguladoras⁴⁸⁸. Por um lado, ele reconheceu os poderes das agências de elaborarem normas (*rulemaking*) e de efetuarem julgamentos administrativos (*adjudication*). Por outro, ele impôs controles procedimentais e fortaleceu o controle judicial das agências, pleito que vinha sendo defendido pela ordem dos advogados norte-americana⁴⁸⁹.

A estabilidade da situação jurídica das agências reguladoras e a positivação dos procedimentos administrativos das agências favorecerem a que, no período de 1950 a 1960, fossem escritos os tratados clássicos do Direito Administrativo Regulatório da doutrina norte-americana, tais como: *Administrative Law: cases and materials* (Direito Administrativo: casos e matérias), de Louis L. Jaffe (1954); *Administrative Law and Government* (Governo e Direito Administrativo), de Kenneth Culp Davis (1960); *Administrative Process, The Third Decade* (Processo Administrativo, a Terceira Década), de James M. Landis; e *State Administrative Law* (Direito Administrativo do Estado), de Frank E. Cooper (1965), para citarmos apenas alguns exemplos.

3.7.2.5. Desregulação e Controle sobre as Agências: 1965-1980

Já na década de 1950, a Comissão para a Organização do Ramo Executivo do Governo (*Commision on Organization of the Executive Branch of The Government*) havia sugerido um maior controle presidencial sobre as agências “independentes”. A crítica à falta de controle político sobre as agências se acirrou na década de 1960, particularmente pela acusação de defensores dos consumidores, como Ralph Nader, de que as agências teriam sido capturadas pelos setores econômicos regulados. Por outro lado, a teoria econômica da década de 1970 e de autores como George Stigler, Richard Posner, Sam Peltzman e Gary Becker, já discutidos anteriormente neste capítulo, questionavam a eficácia da própria ideia de regulação econômica, indicando que a regulação era feita em proveito dos grandes grupos de interesse, com prejuízo ao público em geral⁴⁹⁰.

Esta fase é marcada por três grandes mudanças da posição da jurisprudência: primeiro, a mudança do posicionamento dos Tribunais, que passaram a relativizar a doutrina tradicional e ampliar o controle judicial sobre as agências reguladoras. Segundo, passou-se a se garantir uma maior participação dos grupos de interesse da sociedade civil, como beneficiários dos

⁴⁸⁸ Cf. ANDERSEN, William R. **Mastering Administrative Law**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2010. *E-book*, cap. 2, item D, 2; e OLIVEIRA, R., op. cit., p. 4-5.

⁴⁸⁹ BREYER, op. cit., p. 20-21.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 22-25; e OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

programas sociais, ambientalistas, representantes dos consumidores e outros grupos de interesse organizados, no processo decisório a cargo das agências. Terceiro, passou-se a se exigir das agências um maior formalismo no procedimento decisório e maior documentação, permitindo-se que os diversos grupos de interesse pudessem contestar os dados e estudos utilizados ou produzidos pelas agências.

Como consequência das mudanças sociais e econômicas, a segunda metade da década de 1970 foi caracterizada pela desregulação. A desregulação se deu principalmente por obra do Congresso norte-americano, através da aprovação de Leis que retiraram diversos setores econômicos da regulação estatal. Exemplos disso foram a desregulação parcial do transporte aéreo, do transporte por caminhões e do setor ferroviário; a abolição do controle de preços sobre as tarifas telefônicas de longa distância; a desregulação do setor de produção de gás natural; e a abolição do controle dos preços sobre o petróleo e o gás⁴⁹¹.

3.7.2.6. Momento Atual: 1981 em diante

O governo Reagan (1981-1989) marca um período de reformulação do papel das agências, as quais perderam parte da sua independência e passaram a estar submetidas de forma mais próxima à supervisão presidencial. Uma das formas que este controle passou a ser executado foi através do OMB – *Office of Management and Budget* (Escritório de Planejamento e Orçamento), órgão correlato ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão brasileiro. Esta mudança no controle das agências foi adotada logo no início do governo Reagan, pela Ordem Executiva nº 12.291, de 17 de fevereiro de 1981. Devemos explicar que a Ordem Executiva norte-americana é um ato normativo similar a um Decreto. Neste caso, a Ordem Executiva nº 12.291 determinou que toda a regulação expedida pelas agências passasse por uma análise do seu custo-benefício, quando envolvessem um custo superior a US\$ 100 milhões⁴⁹².

Por força desta nova sistemática, o exame do custo-benefício dos atos regulatórios passou a ser usado como uma forma de controle das agências por parte da Administração

⁴⁹¹ Cf. HARPER, Donald V. e JOHNSON, James C. The Potential Consequences of Deregulation of Transportation Revisited. *Land Economics*, 63 (2), maio 1987. P. 137-146; BREYER et. al., op. cit., p. 25; e OLIVEIRA, R., op. cit., p. 5-6.

⁴⁹² ELLIOTT, E. Donald. **TQM-ing OMB**: Or Why Regulatory Review Under Executive Order 12,291 Works Poorly and What President Clinton Should Do About It. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series, 1994. *Paper* 2213. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2213>. Acesso em 16 jun. 2012.

Central⁴⁹³. As linhas centrais desta política foram mantidas pelo governo Clinton, que em 1993 editou a Ordem Executiva nº 12.866, de conteúdo similar ao modelo usado na era Reagan. Esta Ordem Executiva permaneceu inalterada durante o governo George W. Bush⁴⁹⁴. Posteriormente, já no governo Barack Obama, em razão da crise imobiliária e do sistema financeiro de 2008, a Ordem Executiva da era Clinton sofreu duas modificações: uma em 2009 (Ordem Executiva nº 13.497) e outra em 2011 (Ordem Executiva nº 13.563)⁴⁹⁵.

Em 1995, uma nova legislação foi editada pelo Congresso para limitar a discricionariedade e aumentar o controle financeiro sobre as agências, a UMRA - *Unfunded Mandates Reform Act* (Lei de Reforma dos Mandatos não Financiados). O título II da UMRA obriga às agências a proverem informações sobre os custos das políticas públicas e da regulação, a buscar dados de outros órgãos do governo antes de emitirem qualquer regulação e a encontrar alternativas que diminuam a carga financeira da regulação⁴⁹⁶.

Podemos avaliar que a fase atual é caracterizada pela análise quantitativa e financeira das ações das agências, a cargo do OMB, principalmente através do exame do custo-benefício e estudo dos *trade-offs* (soluções de compromisso), ou seja, a verificação dos benefícios da regulação em relação aos seus custos e efeitos colaterais. Outra característica do momento contemporâneo norte-americano é a rediscussão da extensão do controle político presidencial e do Congresso sobre as agências, predominando no momento atual a concepção de que as agências devem se submeter ao controle político e ao controle judicial, em detrimento da noção de independência das agências.

Por outro lado, houve uma alteração do foco da regulação, que deixou de ser exclusivamente direcionada a questões econômicas, como regulação de preços e barreiras de entrada, passando a abranger temas como a defesa do meio-ambiente, proteção à saúde e normas de segurança. Esta tendência foi expressamente incluída no Consenso de Washington, já comentado acima. Essa nova direção da regulação teve início já na década de 70, com a criação de diversas agências reguladoras com papéis institucionais afetos à segurança e à proteção do meio-ambiente. Podemos citar como exemplos a criação da EPA - *Environmental*

⁴⁹³ Arnaldo Godoy ressalta esta nova perspectiva do Direito Administrativo norte-americano, relacionando o custo-benefício ao utilitarismo e ao instrumentalismo. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p. 113-114.

⁴⁹⁴ Cf. BRESSMAN, Lisa Schultz e THOMPSON, Robert B. The Future of Agency Independence. **Vanderbilt Law Review**, 63, nº 3 (Abril 2010): 599-672. p. 619-623; e BREYER et. al., op. cit., p. 24-26.

⁴⁹⁵ OFFICE of Information and Regulatory Affairs (EUA). **Executive Order 12866 Regulatory Planning and Review**. Disponível em <http://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO_Redirect.jsp>. Acesso em 16 jun. 2012.

⁴⁹⁶ Cf. GULLO, Theresa. History and Evaluation of the Unfunded Mandates Reform Act. **National Tax Journal**, Vol. LVII, nº 3, set. 2004. p. 559-570.

Protection Agency (Agência de Proteção ao Meio Ambiente), em 1970; da *National Highway Traffic Safety Commission* (Comissão Nacional de Segurança no Tráfego Rodoviário), também em 1970; da *Consumer Product Safety Commission* (Comissão de Segurança e Proteção ao Consumidor), em 1972; da *Mine Safety and Health Administration* (Administração da Segurança e Saúde das Minas), em 1973; e da *Nuclear Regulatory Commission* (Comissão de Regulação Nuclear), em 1975.

Ainda não está claro, todavia, como as crises econômicas dos Estados Unidos e da Zona do Euro, iniciadas em 2008 e ainda em curso na década atual, influenciarão a política regulatória nos EUA. A crise do mercado imobiliário dos EUA, e do setor financeiro global, parece fortalecer o discurso em prol da regulação estatal. Todavia, não há indícios, no momento atual, de um retorno ao modelo do *New Deal*, ou seja, de agências absolutamente independentes e com pouco controle político e judicial. No momento atual, as agências reguladoras dos EUA continuam sendo submetidas ao controle político por parte do Presidente e do Congresso, bem como a um ativo controle judicial.

3.7.2.7. Conclusão: as Idas e Vindas da Regulação nos EUA

Fizemos este exame sintético das fases da regulação nos EUA para esclarecer que ao se falar do direito comparado norte-americano, temos que saber a que fase estamos nos referindo, pois o tratamento da matéria não foi uniforme ao longo do tempo. A regulação nos EUA vem sendo sujeita a idas e vindas, particularmente influenciadas pelas crises econômicas. Em momentos de maior prosperidade financeira o poder das agências tende a ser encolhido, sendo fortalecido nos momentos de crise.

Duas grandes questões foram usualmente postas em debate nos EUA ao longo das diversas fases: o controle sobre as agências e a intensidade da regulação. Questões como o poder das agências para o julgamento administrativo (*adjudication*) e o para criar normas legais (*rulemaking*) parecem já estar pacificadas, ao menos desde a entrada em vigor do APA - *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimentos Administrativos), em 1946. Um dos grandes pontos de debate, sobre este tema, é em que medida as decisões administrativas das agências deveriam se submeter ao controle judicial. Por outro lado, observamos que a admissão destes poderes veio acompanhada, na doutrina norte-americana, de uma crítica quanto à independência dessas agências e a uma maior exigência de controle político, de formalidade de procedimentos e de controle judicial.

Um ponto que pretendemos ressaltar é que uma grande quantidade dos textos clássicos da doutrina norte-americana foi escrita na década de 1950 e 1960, como as obras já referidas de Louis L. Jaffe, Kenneth Culp Davis, James M. Landis e Frank E. Cooper. Estes textos foram elaborados numa época na qual prevalecia a ideia de que as agências eram, ou deveriam ser, independentes do controle político. É razoável se supor que os estudos clássicos tenham influenciado a doutrina norte-americana e estrangeira, perpetuando de certa forma a noção de que as agências reguladoras seriam independentes. Esta noção, todavia, está em descompasso com o debate político da década de 1970 e 1980 e com a prática administrativa contemporânea nos EUA. A doutrina norte-americana mais recente, por outro lado, já trata a questão de forma diversa, registrando a existência do controle político e judicial sobre os atos das agências e referindo-se de forma mais crítica à suposta independência dessas agências⁴⁹⁷.

É interessante se perceber que a reforma estatal brasileira da década de 1990 introduziu a ideia de agências independentes com uma noção muito próxima ao modelo clássico norte-americano, num momento no qual esta noção, nos EUA, já estava em crise. Podemos supor, portanto, que a importação do modelo das agências independentes, adotado na reforma da década de 1990, foi concebida com maior influência dos textos doutrinários tradicionais da década de 1960-70 do que na prática norte-americana das décadas de 1980-90.

De se explicar que mesmo a doutrina tradicional dos EUA não defendia que todas as agências reguladoras eram independentes. Havia um grupo de dez agências⁴⁹⁸ que eram realmente consideradas independentes. E assim o eram consideradas por que o Congresso, através da respectiva legislação de criação, teria limitado a possibilidade do Presidente de destituir os seus dirigentes e conselheiros. Relevante se apontar que duas dessas dez agências foram extintas nos anos 80 e 90, somente restando, na atualidade, oito agências federais tradicionalmente consideradas como verdadeiramente independentes, ainda que o termo seja correntemente usado de forma generalizada para designar as agências reguladoras norte-americanas. Todavia, mesmo em relação às agências tradicionalmente independentes, a doutrina norte-americana contemporânea aponta que a restrição à demissão *ad nutum* dos seus

⁴⁹⁷ Cf. PIERCE JR, op. cit., p. 4-6; e BREYER et. al., op. cit., p. 100-107.

⁴⁹⁸ CAB – Civil Aeronautics Board (Conselho Civil de Aeronáutica), extinta em 1984; FCC – Federal Communications Commission (Comissão Federal de Comunicações); FMC – Federal Maritime Commission (Comissão Federal Marítima); FRB – Federal Reserve Board (Conselho do Banco Central) e órgãos do sistema do FED (Federal Reserve); FTC – Federal Trade Commission (Comissão Federal de Comércio); ICC – Interstate Commerce Commission (Comissão de Comércio Interestadual), extinta em 1995; NLRB – National Labor Relations Board (Conselho Nacional de Relações Trabalhistas); NRC – Nuclear Regulatory Commission (Comissão de Regulação Nuclear); FERC – Federal Energy Regulatory Commission (Comissão Federal de Regulação da Energia); e SEC (Securities and Exchange Commission). Cf. BREYER et. al., op. cit., p. 100.

dirigentes não implica dizer que o Presidente não possa exercer algum tipo de controle político ou mesmo influenciar às suas políticas. Tal influência pode ser feita, por exemplo, através do controle orçamentário; da reorganização da estrutura administrativa; da influência pessoal sobre os conselheiros e dirigentes por ele nomeados; ou por meio da sua representação judicial, eis que, como regra, essas agências são representadas em juízo pelos procuradores do Departamento de Justiça (*Department of Justice*), órgão subordinado ao Presidente, por intermédio do Advogado-Geral (*Attorney General*)⁴⁹⁹.

Em conclusão, opinamos que a independência não é uma característica essencial das agências reguladoras. Essas podem ser, ou não, independentes, em maior ou menor grau, como comprova a experiência norte-americana. Há que se diferenciar o elemento essencial, sem o qual o instituto não existe, das características acessórias, que podem ou não ser encontradas. Em sua essência, as agências reguladoras norte-americanas são caracterizadas não pela sua independência, mas por concentrarem em si funções executivas, funções legislativas (*rulemaking*) e funções judiciais (*adjudication*).

3.7.3. Noções Gerais sobre as Agências Norte-Americanas

As agências norte-americanas são criadas pelo Congresso, mediante legislação específica. Tal fato as diferencia das agências *next steps* britânicas, que são criadas por iniciativa do Primeiro-Ministro, sem necessidade de legislação. Outra característica interessante é que as agências norte-americanas não necessariamente são vinculadas ao Poder Executivo. Um exemplo disso é a USSC - *United States Sentencing Commission* (Comissão de Sentenças dos Estados Unidos), que é uma agência reguladora vinculada ao Poder Judiciário e que tem entre suas funções estabelecer procedimentos para a Justiça Federal, definir a política de sentenças e as linhas gerais a serem consideradas no estabelecimento de punições para os crimes federais⁵⁰⁰. Todavia, a maioria das agências é realmente vinculada ao Executivo.

O Poder Executivo norte-americano é dividido em Escritório do Presidente (composto pelo Presidente, Vice-Presidente e seus gabinetes), Departamentos, Agências e Empresas Estatais (chamadas de *govenment corporations* – empresas governamentais). Os Departamentos correspondem aos Ministérios brasileiros e são responsáveis pela formulação

⁴⁹⁹ BREYER, op. cit., p. 100-102; e PIERCE JR, op. cit., p. 139-145.

⁵⁰⁰ UNITED States Sentencing Commission. **An Overview of the United States Sentencing Commission.** Disponível em < http://www.ussc.gov/About_the_Commission/Overview_of_the_USSC/USSC_Overview.pdf>. Acesso em 13 jun. 2012.

da política do governo federal. A maior parte da execução das políticas públicas está, de fato, na mão de agências. O conceito de agência é tão amplo nos EUA que a Lei de Procedimentos Administrativos, a APA (*Administrative Procedure Act*), no §551, item 1, define agência como sendo “cada autoridade do Governo dos Estados Unidos”⁵⁰¹, concluindo a definição pela exclusão do que não se considera agência (como, por exemplo, o Congresso, os órgãos do Judiciário e as comissões e autoridades militares). Neste conceito, praticamente qualquer órgão do governo norte-americano pode ser considerado uma agência (*agency*)⁵⁰².

O termo agência independente (*independent agency*) é comumente utilizado para designar as agências reguladoras, ou seja, as agências que reúnem em si, além das funções executivas, as funções de criação de normas e de julgamento de disputas. A doutrina mais tradicional costumava dizer que essas agências exerciam poderes quase judiciais (*quasi-judicial*) e quase legislativos (*quasi-legislative*), para expressar a ideia de que as suas funções eram semelhante ao dos outros dois Poderes, sem chegar a caracterizar, todavia, o pleno exercício da função legislativa ou jurisdicional⁵⁰³. Usava-se o termo quase para explicar que não se tratava propriamente de uma delegação destas funções, apenas algo próximo, o que permitia a não aplicação da teoria da não delegação, a qual será explicada em tópico próprio. Todavia, hoje se reconhece que essas agências possuem verdadeira delegação para legislar e para julgar litígios, tendo a doutrina da não-delegação atualmente caído em descrédito⁵⁰⁴.

Há no momento atual, nos EUA, cerca de 50 agências reguladoras na esfera federal⁵⁰⁵. Todavia, como comentamos no item anterior, a doutrina norte-americana considera que apenas oito dessas agências enquadram-se na definição tradicional de agências independentes, por contarem com restrições à nomeação e exoneração de seus dirigentes⁵⁰⁶. Assim, apesar do termo agência independente ser coloquialmente utilizado de maneira ampla para designar todo o conjunto, tecnicamente o correto é designá-las por agências reguladoras. O alcance dos

⁵⁰¹ UNITED STATES. Administrative Procedure Act. §551 “ ‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: [...]”. Agência significa cada autoridade do governo dos Estados Unidos, independentemente de estar ou não sujeito ao controle por outra agência, mas não inclui: [...]. Tradução nossa. Disponível em <<http://usgovinfo.about.com/library/bills/blapa.htm>>. Acesso em 13 jun. 2012.

⁵⁰² Concordando com a amplitude do conceito de agência na legislação norte-americana: BARCELOS, C., op. cit., p. 39-40.

⁵⁰³ ANDERSEN, op. cit., cap. 1, item C, 1.

⁵⁰⁴ POSNER, Eric A. e VERMEULE, Adrian. *Interring the Nondelegation Doctrine*. **University of Chicago Law Review**, 2002. Disponível em <<http://ericposner.com/Interring%20the%20Nondelegation%20Doctrine.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2012.

⁵⁰⁵ Listagem no site eletrônico do governo federal dos EUA. Disponível em <<http://www.usa.gov/Agencies/Federal/Independent.shtml>>. Acesso em 13 jun. 2012.

⁵⁰⁶ Cf. BREYER et. al., op. cit., p. 100.

poderes de cada agência reguladora varia de caso a caso, conforme a legislação de criação de cada agência. Mas normalmente incluem poderes para emitir normas, julgar litígios, fiscalizar, investigar e processar em juízo aqueles que violem as suas normas (*enforcement*).

A nomenclatura usada para denominar cada agência é variada, sendo comum o uso de termos como *Commission* (Comissão), *Board* (Conselho) e *Administration* (Administração). Curiosamente, apenas cinco agências reguladoras federais norte-americanas são formalmente designadas pelo termo *agency* (agência)⁵⁰⁷, ao contrário do modelo brasileiro, onde todas as agências reguladoras criadas pela reforma da década de 1990 foram denominadas pelo termo “agência”.

Como explicamos, o termo agência independente é utilizado de forma atécnica para designar a todas as agências reguladoras, sendo empregado inclusive pelas respectivas leis de criação das agências. Todavia, a doutrina norte-americana separa as agências reguladoras em agências executivas (*executive-branch agencies*) e agências independentes. O termo agências independentes é, no seu sentido técnico-jurídico, utilizado para designar especificamente as agências reguladoras cujos dirigentes não podem ser exonerados pelo Presidente sem uma causa (demissão *ad nutum*). Elas são independentes, portanto, porque a direção da agência não pode ser alterada por motivos exclusivamente políticos⁵⁰⁸. Essas agências são dirigidas normalmente por um conselho ou uma comissão composta por múltiplos membros, com mandatos por tempo certo⁵⁰⁹.

Ainda que não seja uma regra, a maioria das agências independentes são ligadas ao setor financeiro, como é o caso da SEC - *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários e Câmbio), dos órgãos integrantes do sistema do *Federal Reserve* (Banco Central) e da FTC - *Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio).

Em síntese, podemos apontar que os termos **agência**, **agência reguladora** e **agência independente** não são sinônimos exatos na doutrina norte-americana, ainda que usados de forma indiscriminada no linguajar coloquial. Agência é o termo genérico utilizado para

⁵⁰⁷ CIA - Central Intelligence Agency (Agência Central de Inteligência); Court Services and Offender Supervision Agency for the District of Columbia (Agência de Serviços Judiciais e Supervisão de Criminosos para o Distrito de Columbia); EPA - Environmental Protection Agency (Agência de Proteção do Meio-Ambiente); U.S. Trade and Development Agency (Agência dos Estados Unidos de Comércio e Desenvolvimento); e United States Agency for International Development (Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional).

⁵⁰⁸ Note-se que a Seção IV do Artigo II da Constituição norte-americana prevê expressamente a exoneração de agentes públicos por traição, corrupção e outros crimes e transgressões graves, regra que pode ser aplicada aos dirigentes das agências independentes.

⁵⁰⁹ Cf. BRESSMAN e THOMPSON, op. cit., p. 607-611.

designar qualquer órgão do governo, mas nem toda agência é uma agência reguladora. Agência reguladora são as agências que exercem funções de elaboração de normas (*rulemaking*) e julgamento de litígios (*adjudication*), entre outras funções⁵¹⁰. Contudo, nem todas as agências reguladoras são agências independentes. As agências reguladoras podem ser agências executivas (*executive-branch agencies*) ou agências independentes. A diferença reside na possibilidade do Presidente ter a autoridade, ou não, para exonerar os seus dirigentes por motivos exclusivamente políticos (demissão *ad nutum*).

3.7.4. Poder Normativo das Agências Norte-Americanas

A Lei de procedimento administrativo norte-americana, a APA (*Administrative Procedure Act*), prevê expressamente a possibilidade de as agências reguladoras criarem normas (*rulemaking*), conforme o § 553, e julgarem disputas (*adjudication*), referido no § 554. Conforme definição anteriormente exposta neste capítulo, a elaboração de normas é uma atividade inerente ao poder normativo. Ressalvamos, todavia, que o termo *poder normativo* não é utilizado na doutrina norte-americana, a qual usa o termo *rulemaking* para se referir ao processo de elaboração de normas.

Para o APA, a elaboração de normas não é um poder, mas, sim, um processo, através do qual as agências podem formular, alterar ou revogar uma norma⁵¹¹. Por sua vez, o conceito de norma (*rule*) para o APA é uma declaração feita por uma agência, de aplicação geral ou particular e com efeitos futuros, destinado a cumprir, interpretar ou prescrever uma norma ou uma política, ou efetuar uma descrição da organização, procedimentos ou práticas de uma determinada agência⁵¹². Para Kenneth C. Davis, o *rulemaking* (processo de elaboração de normas) é o correspondente administrativo do que o Poder Legislativo faz quando ele elabora uma Lei (*statute*)⁵¹³.

A criação de normas pelas agências reguladoras norte-americanas pode ser efetuada de três formas. A primeira forma, tradicional na *common law*, é através de precedentes administrativos. Nesta modalidade, a agência enuncia uma regra ou um princípio decorrente

⁵¹⁰ Cristina Barcelos registra que o critério de distinção das agências reguladoras nos EUA é passível de debate, todavia um critério seria a possibilidade da agência expedir atos normativos “juridicamente vinculativos”. BARCELOS, op. cit., p. 40-43.

⁵¹¹ UNITED States of America. **APA - Administrative Procedure Act**. Disponível em <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>. Acesso em 14 jun. 2012. Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 551, item 5.

⁵¹² APA, op. cit., Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 551, item 4.

⁵¹³ “Rulemaking is the administrative counterpart of what a legislative body does when it enacts a statute”. Tradução nossa. DAVIS, op. cit., p. 118.

do julgamento administrativo de uma determinada disputa, na mesma forma de um precedente judicial. Esta forma de criação de normas vem sendo tradicionalmente prestigiada pela Suprema Corte dos EUA⁵¹⁴.

A segunda forma é a emissão de normas de procedimentos, de interpretação de regras jurídicas ou de declaração de políticas. Esta modalidade é considerada pela doutrina norte-americana como um poder inerente às agências, não sendo propriamente uma função legislativa^{515 516}. Por tal razão, não se exige das agências nenhum procedimento específico antes de emitir uma norma que se enquadre em uma destas categorias.

A terceira modalidade é a criação de **normas substantivas**, ou seja, normas que geram obrigações e deveres em caráter geral, da mesma forma que as normas legislativas. Ou seja, elas são equivalentes à *statute law* (legislação positivada). A Lei de criação de cada agência estabelece se, para expedir atos normativos, a agência deve seguir o procedimento formal, menos comum, ou se ela pode seguir o procedimento informal. A regra é o procedimento informal. O procedimento formal somente é exigido se a lei de criação da agência especificamente afirmar que a criação de normas deve ser através de procedimentos “*on the record*” (registrados)⁵¹⁷. Tanto o procedimento formal como o informal são descritos pela APA⁵¹⁸. Todavia, a jurisprudência norte-americana, a partir da década de 1970, passou a exigir uma maior formalidade para ambos os procedimentos. Assim, muitas das etapas que hoje são exigidas para a elaboração de uma norma regulatória foram criadas pela jurisprudência, não pela Lei de Procedimentos Administrativos.

O procedimento informal para criação de normas substantivas é basicamente composto de três etapas. A primeira é a expedição do NOPR – *Notice of Proposed Rulemaking* (Notificação de Proposta de Elaboração de Norma), um documento que divulga publicamente a intenção da agência de emitir uma determinada norma. A segunda etapa é o recebimento de

⁵¹⁴ Cf. UNITED States Supreme Court. SEC v. Chenery. 332 U.S. 194 (1947). UNITED States Supreme Court. NLRB v. Bell Aerospace Co. 416 U.S. 267 (1974).

⁵¹⁵ PIERCE JR, op. cit., p. 57.

⁵¹⁶ O APA expressamente indica que os procedimentos para a elaboração de normas não são aplicáveis às normas interpretativas, às declarações gerais da política da agência, às regras de organização da agência e aos seus procedimentos e práticas. APA, op. cit., Título 5, Parte I, Capítulo 5, Subcapítulo II, § 553, b, 3, A.

⁵¹⁷ PIERCE JR, op. cit., p. 57-58.

⁵¹⁸ Andersen registra que os termos “formal” e “informal” não constam da Lei, tendo sido criados pela doutrina. ANDERSEN, op. cit., Cap. 2, item D, 2, “c”.

documentos e manifestações dos eventuais interessados. A terceira etapa é a expedição da norma, acompanhada de uma declaração de seus fundamentos e seu propósito⁵¹⁹.

Conforme dados indicados por Richard Pierce Jr., o procedimento informal não é tão simples como o seu nome pode sugerir. Normas pouco controvertidas costumam ser aprovadas tipicamente em um ou dois anos. Normas regulatórias polêmicas podem levar de cinco a dez anos para serem aprovadas, mesmo no procedimento informal. Além disso, há uma probabilidade de 30 a 40% de essas normas serem revistas judicialmente⁵²⁰.

Até a primeira metade da década de 1970, o procedimento informal de elaboração de normas era visto como um processo de difícil controle. O estudo nos EUA dos procedimentos de elaboração de normas das agências tinha por objeto principal o estudo do procedimento formal e das audiências “*on the record*” (registradas). De fato, a posição prevalecente na doutrina norte-americana, até então, era que o procedimento informal sequer poderia ser estudado academicamente e que era muito difícil de ser controlado judicialmente⁵²¹. Kenneth C. Davis, em obra de 1975, chega a afirmar que “[n]o momento atual, pouco é sabido acerca das potencialidades para o desenvolvimento de uma justiça de melhor qualidade no procedimento informal”⁵²². O procedimento informal tornou-se mais formal após a década de 1970, com o crescente controle do público sobre as agências.

O documento inicial da declaração da intenção de emitir a norma, o NOPR, era tipicamente composto de uma ou duas páginas. A partir da década de 1970, com a construção jurisprudencial da doutrina da notificação expandida (*expanded notice doctrine*), o controle judicial passou a exigir que este documento inicial viesse acompanhado de todos os estudos, dados e documentos que levaram à agência a propor a edição da norma em debate. Assim, após o advento da doutrina da notificação expandida, para não ser anulado judicialmente, uma notificação inicial (NOPR) costuma ter centenas de páginas⁵²³.

Após a segunda etapa, de recebimento de manifestações e estudos apresentados pelos interessados⁵²⁴, a agência tem que emitir um documento formal, referido como **declaração de fundamentos e propósito** (*statement of basis and purpose*), que é a etapa final do processo

⁵¹⁹ PIERCE JR, op. cit., p. 61; e BARCELOS, Cristina, op. cit. p. 68.

⁵²⁰ Ibidem, p. 58.

⁵²¹ Cf. DAVIS, op. cit., cap. 17.

⁵²² “At this point, little is known about the potentialities for developing a better quality of justice in informal procedure”. Tradução nossa. DAVIS, op. cit., p. 279.

⁵²³ PIERCE JR, op. cit., p. 65-67; e ANDERSEN, op. cit., Cap. 2, item D, 2, “c”.

⁵²⁴ É possível, ainda, que a agência discricionariamente permita a oportunidade para apresentações orais, na forma do §553, c, do APA. DAVIS, op. cit., p. 121.

de elaboração de normas. Nesta declaração, as agências devem apresentar a redação final da norma, explicar o motivo de terem adotado, ou rejeitado, determinado estudo, justificar terem descartado, ou acolhido, as propostas alternativas apresentadas pelos interessados e demonstrar o raciocínio que as levou a adotar a versão final da norma. Como as agências são obrigadas a justificar porque optaram por determinado estudo técnico, há um incentivo para que as partes interessadas apresentem estudos e dados que contradigam as premissas estabelecidas na notificação inicial e refutem a efetividade da norma proposta pela agência. Normas que não sejam devidamente justificadas são consideradas “arbitrárias e caprichosas” (*arbitrary and capricious*) e podem ser anuladas pelo controle judicial. Assim, desde a década de 1970, as agências costumam emitir declarações de fundamentos e propósitos bastante detalhadas e tecnicamente fundamentadas, com centenas ou mesmo milhares de páginas⁵²⁵

Após a década de 1980, em razão da Ordem Executiva nº 12.291 e, posteriormente, da UMRA - *Unfunded Mandates Reform Act* (Lei de Reforma dos Mandatos não Financiados), quando o ato puder gerar um impacto financeiro superior a US\$ 100 milhões, as agências são obrigadas a apresentar também um estudo sobre o custo e benefício da regulação, o qual é revisto pelo OMB – *Office of Management and Budget* (Escritório de Planejamento e Orçamento). O OMB pode apresentar informações adicionais para serem consideradas pela agência ou orientar que ela consulte outros órgãos governamentais antes de expedir a sua regulação⁵²⁶.

O procedimento formal possui as três fases do procedimento informal, já comentadas, acrescentando-se ao rito as audiências de produção de provas e alguns requisitos formais adicionais. Estes procedimentos adicionais são referidos como julgamento para elaboração de normas (*trials for making rules*)⁵²⁷. O procedimento formal para emissão de normas é considerado exageradamente caro e demorado. Guardadas as devidas proporções, este procedimento equivale a um julgamento administrativo, incluindo audiências para a produção de provas perante um ALJ – *Administrative Law Judge* (Juiz de Direito Administrativo), uma autoridade administrativa com poderes similares ao de uma autoridade judicial, ao qual incumbe presidir atos instrutórios. O procedimento formal é pouco usado pelas agências, que, nestes casos, costumam optar por outras modalidades de emissão de normas, como através do julgamento de casos concretos, de elaboração de normas interpretativas ou de declarações de

⁵²⁵ PIERCE JR, op. cit., p. 68-69; e ANDERSEN, op. cit., Cap. 2, item D, 2, “g”.

⁵²⁶ Cf. PIERCE JR, op. cit., 68-69.

⁵²⁷ DAVIS, op. cit., p. 123-125.

sua política de atuação⁵²⁸. Um exemplo anedótico da dificuldade do procedimento formal é o “caso da manteiga de amendoim”, ocorrido na década de 1960. A FDA – *Food and Drug Administration* (Administração de Alimentos e Medicamentos), agência legalmente obrigada a seguir o procedimento formal, levou nove anos (de 1959 a 1968) para regular se um produto tinha que conter 87% ou 90% de amendoim para usar o nome *manteiga de amendoim*, questão que acabou sendo resolvida judicialmente⁵²⁹.

A partir da década de 1990, o *Negotiated Rulemaking Act* (Lei de Elaboração Negociada de Normas) criou nos EUA uma nova forma de elaboração de atos regulatórios, de forma consensual. Trata-se de uma alternativa ao processo tradicional de elaboração de normas pelas agências. Neste procedimento, a norma é negociada pela agência com as empresas reguladas e com os beneficiários do setor⁵³⁰.

Todavia, o procedimento consensual somente tem se mostrado eficaz para a edição de normas simples, que não geram controvérsia. Conforme estudo produzido por Cary Coglianese, a partir da análise empírica de 67 (sessenta e sete) casos no período de 1983 a 1996, verificou-se que a elaboração negociada de normas não tem diminuído o tempo de elaboração das normas nem tem prevenido a possibilidade de conflito judicial⁵³¹. De acordo com o mesmo estudo, em cerca de 20% dos casos analisados, as agências desistiram do processo de normas negociadas por falta de um consenso. Dezenove casos, ou cerca de 28%, não tinham sido resolvidos até o final de 1996, data final do estudo. Os trinta e cinco casos nos quais o processo de negociação foi bem sucedido (52%) foram concluídos em um tempo médio de 2,7 anos. Todavia, o número total de normas negociadas é insignificante quando se considera que, no mesmo período do estudo, as agências norte-americanas editaram 47.603 normas, no total. Assim, o processo de elaboração negociada de normas respondeu por somente 0,07% das normas elaboradas pelas agências norte-americanas, no período da análise⁵³².

⁵²⁸ PIERCE JR, op. cit., p. 58-59.

⁵²⁹ A Corte de Apelações dos EUA (*US Appeal Court*) decidiu que a FDA estava certa e que um produto deveria ter, no mínimo, 90% de amendoim para poder ser chamado de manteiga de amendoim. Cf. JUNOD, Suzanne White. Food Standards in the United States: the case of the peanut butter and jelly sandwich in SMITH, David, F e PHILLIPS, Jim (ed). **Food, Science, Policy and Regulation in the Twentieth Century**: international and comparative perspectives. Londres: Routledge, 2000. p. 183-185; e DAVIS, op. cit., p. 123.

⁵³⁰ MEE, Siobhan. Negotiated Rulemaking and Combined Sewer Overflows (CSOs): Consensus Saves Ossification? **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 25, ed.1, artigo 6, set. 1997. p. 213-245.

⁵³¹ COGLIANESE, Cary. Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking. **Duke Law Journal**, vol. 46, nº 6, abril de 1997. p. 1255-1349.

⁵³² Ibidem, p. 1276-1277.

Pois bem, considerando todas as possíveis modalidades de elaboração de normas acima ilustradas, dados apresentados por Jason e Susan Yackee indicam que 25% das normas propostas pelas agências reguladoras norte-americanas são aprovadas antes de 7 meses, contados a partir da notificação inicial; 50% são aprovadas em 14 meses ou menos; e aproximadamente 75% são aprovadas em até 50 meses, ou seja, em cerca de quatro anos ou menos⁵³³.

Há hoje, na doutrina dos EUA, uma intensa discussão acerca da “ossificação” das agências reguladoras. Segundo esta tese, ainda em debate, o número de controles impostos sobre as agências reguladoras, no momento atual, seria tão exagerado que estaria engessando as agências e atrasando excessivamente a elaboração de normas regulatórias⁵³⁴. Contudo, mesmo consideradas todas as limitações acima apontadas, a regulação emitida pelas agências reguladoras ainda responde pela maior parte das normas do ordenamento jurídico norte-americano. Conforme estimativa de William Andersen, o volume de atos normativos emitidos pelas agências reguladoras, quando comparados com as Leis aprovadas pelo Congresso norte-americano, é da ordem de dez para um⁵³⁵.

O que pretendemos demonstrar com este breve exame é que apesar da Lei de Procedimentos Administrativos, a APA, ser a mesma desde a década de 1940, o processo de elaboração de normas substantivas pelas agências reguladoras tornou-se consideravelmente mais rigoroso a partir da década de 1970. Esta mudança na jurisprudência fez o processo de elaboração de normas se tornar, hoje, mais complexo e formal. Por um lado, estas alterações tornaram o processo mais demorado. Por outro, é provável que esta mudança tenha contribuído para tornar o procedimento mais transparente e facilitar a participação e fiscalização por parte da sociedade civil, das pessoas afetadas e das empresas reguladas. Ainda assim, registramos a preocupação com o fenômeno referido como ossificação das agências, pois um prazo superior a dois anos para aprovação de um ato normativo retira a principal vantagem do poder normativo das agências em relação aos atos do Legislativo, que é a capacidade das agências de agirem e regularem rapidamente uma nova situação em face de uma mudança do mercado.

⁵³³ YACKEE, Jason Webb e YACKEE, Susan Webb. Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rule-making ‘Ossified’?. **Journal of Public Administration Research and Theory**, 20, nº 2, abr. 2010. P. 261-282.

⁵³⁴ Cf. Ibidem, p. 261-282.

⁵³⁵ ANDERSEN, op. cit., Cap. 1, item A.

3.7.5. Problemas Constitucionais Relativos ao Poder Normativo das Agências

A doutrina norte-americana, ao debater sobre o poder normativo das agências reguladoras, costuma enfrentar dois temas recorrentes, de ordem constitucional: o problema da vedação à delegação do poder legislativo e o princípio constitucional da separação dos poderes.

A discussão acerca da doutrina da não-delegação se refere à interpretação do artigo I da Constituição dos Estados Unidos, assim redigido: “Todo o poder legislativo aqui garantido deve ser investido no Congresso dos Estados Unidos, o qual deve se consistir de um Senado e de uma Casa de Representantes”⁵³⁶.

A interpretação tradicionalmente aceita na doutrina norte-americana para este artigo constitucional é que a investidura do poder legislativo no Congresso não se referiria apenas à investidura inicial, mas seria a investidura final. Assim, o Congresso não poderia transferir o poder legislativo para qualquer outro órgão. Ressalvamos que a Constituição norte-americana não afirma expressamente que o Congresso não poderia delegar seus poderes para outros órgãos. Todavia, o princípio de que o Congresso não poderia delegar o poder legislativo é um princípio tradicionalmente aceito na jurisprudência e doutrina norte-americana⁵³⁷. Ressalvamos em sentido contrário a posição de Frank Goodnow, o qual, em texto de 1905, registrava que o Poder Legislativo poderia delegar seus poderes. Goodnow fundamentava sua posição no fato de haver diversas decisões dos Tribunais que reconheciam, à época, a possibilidade do Legislativo autorizar que os órgãos do Executivo emitissem regulamentos que criavam obrigações para os particulares⁵³⁸. Feita esta ressalva, é razoavelmente aceito pelos autores norte-americanos que há um princípio constitucional, implícito ao artigo I do texto constitucional dos EUA, o qual veda a delegação da função legislativa para o Poder Executivo.

A partir desta premissa inicial, duas correntes se formaram na doutrina norte-americana. A primeira corrente diz que quando o Congresso elabora uma Lei garantido autoridade para o Executivo, se esta Lei for tão ampla ou conceder uma discricionariedade tão vasta, ela equivalerá a uma delegação da função legislativa. Esta é a posição tradicional daqueles que defendem a doutrina da não delegação. Ou seja, o Congresso pode conceder

⁵³⁶ “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.” Tradução nossa. ESTADOS Unidos da América. Constituição dos Estados Unidos, op. cit., artigo I.

⁵³⁷ BREYER et. al., op. cit., p. 37.

⁵³⁸ GOODNOW, op. cit., p. 41-42.

certa autoridade para o Executivo editar normas dentro de parâmetros pré-estabelecidos pelo Congresso, desde que os parâmetros fixados para o exercício desta autoridade não sejam excessivamente vagos⁵³⁹, o que não caracterizaria uma delegação. Por outro lado, o Congresso não poderia deixar ao cuidado do Executivo a tomada de decisões sobre as políticas do setor (*policymaking*)⁵⁴⁰. Esta posição da doutrina da não delegação acabou influenciando parte da doutrina brasileira, que passou a afirmar que as agências reguladoras não poderiam tomar decisões políticas, tendo que atuar dentro de *standards* (normas) fixados pelo Congresso⁵⁴¹.

A segunda corrente afirma que quando o Congresso estabelece uma Lei garantindo autoridade ao Poder Executivo para editar normas, não há uma delegação de poder, independentemente de quão vaga e ampla seja a discricionariedade concedida. Não se trataria, portanto, de delegação da função legislativa, pois esta foi exercida pelo Congresso, ao editar a Lei que concedeu a autoridade para o Executivo editar normas. Enquanto o Executivo agir dentro dos limites da Lei que lhe concedeu determinada autoridade, ele não está exercendo poder legislativo, mas, sim, o poder executivo, pois somente estará cumprindo fielmente uma Lei editada pelo Congresso⁵⁴².

Podemos sintetizar as posições dos autores norte-americanos em relação à doutrina da não delegação da seguinte forma. Primeiramente, há um razoável consenso de que constitucionalmente o Congresso não pode delegar o poder legislativo ao Executivo. Segundo, que a Lei poderia conceder ao Executivo a autoridade para elaborar normas, sem que isso implicasse em delegação. A divergência seria, tão somente, quanto aos parâmetros desta delegação. Para a primeira posição, mais aceita, a Lei que conceda esta autoridade ao Executivo deveria fixar os parâmetros para o seu exercício, não podendo transferir ao Executivo o estabelecimento da política (*policymaking*). Se for excessivamente ampla e vaga, seria hipótese de delegação, tornando a Lei inconstitucional. Para a segunda corrente, enquanto o Executivo agir dentro dos parâmetros da Lei, não há delegação e, sim, simples exercício da função executiva, pouco importando se os parâmetros fixados pelo Legislativo são mais ou menos amplos.

Particularmente opinamos que a posição da doutrina tradicional norte-americana sobre o tema seja um jogo de palavras, formulado tão somente para justificar juridicamente um fato

⁵³⁹ BREYER et. al., op. cit. p. 37.

⁵⁴⁰ PIERCE JR, op. cit., p. 7.

⁵⁴¹ Cf. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 406-418.

⁵⁴² BREYER et. al., op. cit. p. 37.

social que se impôs. O problema que se percebe é que os precedentes jurisprudenciais da primeira metade do século XIX eram contrários a que um agente delegado pudesse delegar sua função para terceiros, particularmente em razão do precedente do caso *Shankland*, de 1831. Estes precedentes, todavia, são anteriores ao advento das agências reguladoras. O próprio caso *Shankland* trata de uma disputa sobre bilhete de loteria, e sobre a possibilidade de um agente delegado vender a metade de um bilhete, e apenas num esforço de grande criatividade dos advogados e doutrinadores norte-americanos foi aplicado para regular o caso da delegação do poder legislativo às agências reguladoras⁵⁴³.

A questão é que a jurisprudência e doutrina do início do século XIX, anteriores ao advento das agências reguladoras, estabeleciam a premissa de que o Congresso não poderia delegar a função legislativa. Todavia, com a criação das agências no final do século XIX, e sua difusão no início do século XX, foi necessária a compatibilização do novo instituto com a tradição jurídica que lhe era anterior. Desta forma, a elaboração da doutrina da não delegação parece ser mais uma explicação para o poder normativo das agências reguladoras do que propriamente uma forma efetiva de controle deste poder.

Neste contexto, no lugar de se rever a premissa inicial tradicionalmente aceita, de que havia uma vedação implícita no texto constitucional à delegação da função normativa, preferiu-se a opção de um jogo de linguagem. Num esforço criativo, a doutrina norte-americana acabou estabelecendo que a concessão de autoridade ao Executivo para elaborar normas com força semelhante à da legislação não caracterizaria uma hipótese de delegação da função legislativa. Todavia, parece-nos bastante evidente que o poder normativo concedido às agências reguladoras norte-americanas, com a amplitude e extensão que ele é utilizado na prática, é inegavelmente uma espécie de delegação da função legislativa, ao menos numa definição razoável do que é função legislativa e do que é delegação.

Devemos apontar, todavia, que a doutrina da não delegação revela uma discussão meramente acadêmica, a qual não tem aderência na prática judicial. Como aponta Richard Pierce, a aplicação pelas Cortes da doutrina da não delegação nunca coincidiu com a sua

⁵⁴³ O caso *Shankland*, de 1831, estabeleceu que um agente delegado não poderia delegar a outro uma competência que lhe foi delegada. O caso, todavia, pouco tem a ver com a discussão do poder legislativo. Trata-se de uma disputa acerca de um “meio” bilhete da loteria. Discutiu-se se os atos do agente delegado, que havia delegado a um terceiro a possibilidade de venda de frações de um bilhete da loteria, seriam válidos. SUPREMA Corte dos EUA. *Shankland v. Corporation of Washington* - 30 U.S. 390 (1831). Cf. BREYER et. al., op. cit, p. 37.

descrição feita pela doutrina⁵⁴⁴. Já no final do século XIX e início do século XX, a Suprema Corte norte-americana por várias vezes declarou a constitucionalidade de atos normativos das agências que continham decisões políticas. A Suprema Corte deixou de aplicar a doutrina da não delegação e rejeitou os pedidos de declaração da inconstitucionalidade das leis que delegavam a atribuição às agências reguladoras para criar normas. Esta rejeição se deu sob os argumentos mais diversos, tendo a Suprema Corte, ainda no final do século XIX e início do século XX, reformulado por diversas vezes a doutrina, sempre para manter a constitucionalidade da Lei de delegação.

Na primeira metade do século XX, na década de 20, a Suprema Corte passou a usar o argumento do **princípio inteligível**, dizendo que a lei autorizadora seria válida se contivesse algum princípio inteligível que pudesse de alguma forma limitar a discricionariedade da agência para formular a política⁵⁴⁵. Assim, leis que delegavam funções legislativas, mas que condicionavam o exercício desta função a parâmetros vagos e sem qualquer conteúdo concreto, como “justo e razoável” e “conveniência pública e necessidade”, foram declaradas constitucionais pela Suprema Corte norte-americana⁵⁴⁶. Segundo Kenneth Culp Davis, é possível concluir que “[n]a ausência de abuso palpável ou de verdadeira abdicação congressional, a doutrina da não-delegação, a qual a Suprema Corte, no passado, frequentemente elogiou da boca para fora, não tem qualquer força prática”⁵⁴⁷.

Na história da Suprema Corte dos EUA, apenas uma única Lei foi declarada inconstitucional com base na doutrina da não delegação. Tratam-se de dois precedentes de 1935, anteriores, portanto, à Lei de Procedimentos Administrativos. O caso, em si, foi extremo e se refere à Lei Nacional da Recuperação da Indústria (NIRA – *National Industrial Recovery Act*). Esta Lei delegava a um conselho privado, composto por membros das próprias indústrias reguladas, a possibilidade de fixar preços e determinar os níveis de produção das indústrias. Ou seja, a única hipótese em que a doutrina da não delegação foi utilizada pela Suprema Corte norte-americana, em toda a sua história, para declarar a inconstitucionalidade de uma Lei foi quando o Congresso editou uma Lei delegando a função normativa - de forma

⁵⁴⁴ PIERCE JR, op. cit., p. 7-11.

⁵⁴⁵ SUPREMA Corte dos EUA. J.W. Hampton v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928).

⁵⁴⁶ PIERCE JR, op. cit., p. 8; e BARCELOS, op. cit., p. 70-71.

⁵⁴⁷ “In absence of palpable abuse or true congressional abdication, the non-delegation doctrine to which the Supreme Court has in the past often paid lip service is without practical force”. Tradução nossa. Apontamos que *to pay lip service* é uma expressão idiomática pejorativa, que significa elogiar alguma coisa, sem, contudo, acreditar na ideia. DAVIS, op. cit., p. 39.

ampla - para particulares participantes do próprio mercado regulado, os quais possuíam um claro conflito de interesse⁵⁴⁸.

Apesar das constantes tentativas de se restabelecer a doutrina da não delegação, ela, na prática, foi abandonada pela Suprema Corte norte-americana e pela doutrina. Por exemplo, Kenneth C. Davis, em obra de 1975, afirmou categoricamente que a doutrina da não delegação não deve ser levada a sério: “[o] Congresso pode e vem legalmente delegando o poder legislativo a agências reguladoras. O palavreado irrealista de algumas opiniões judiciais mais antigas não deve ser levado a sério, atualmente”⁵⁴⁹. Tal fato ocorreu provavelmente pela inviabilidade de sua aplicação de uma maneira consistente num ordenamento jurídico que é, em grande parte, baseado nos atos normativos das agências reguladoras. Por mais de um século a Suprema Corte norte-americana reafirmou a doutrina da não delegação, ao mesmo tempo em que se utilizava de todo o tipo de expediente e argumento para não aplicá-la. Recentemente, em 2001, numa mudança da posição tradicional, dois Ministros da Suprema Corte (*Justices*), Ministros Souter e Stevens, rejeitaram expressamente a doutrina da não-delegação em seus votos, afirmando claramente que o Congresso rotineiramente, e de forma permissiva, delega poder legislativo às agências reguladoras⁵⁵⁰.

Outro problema constitucional comumente enfrentado pelos doutrinadores norte-americanos é o princípio da separação dos poderes. A constituição norte-americana não possui uma regra específica que determine explicitamente a separação entre os poderes. Todavia, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são enunciados e tratados no texto constitucional em três artigos distintos (artigos I, II e III, respectivamente).

No capítulo anterior, já comentamos de forma mais aprofundada a regra da separação de poderes, inclusive apontando a divergência de opinião entre os fundadores da república norte-americana, no século XVIII. Apesar do princípio da separação dos poderes ter sido razoavelmente aceito entre os constituintes norte-americanos, podemos dizer que desde a

⁵⁴⁸ Cf. PIERCE JR, op. cit., p. 8-9.

⁵⁴⁹ “Congress may and does lawfully delegate legislative power to administrative agencies. Unrealistic verbiage in some of the older judicial opinions should not now be taken seriously.” Tradução nossa. DAVIS, op. cit., p. 39.

⁵⁵⁰ SUPREMA Corte dos Estados Unidos. *Whitman v. American Trucking Association*, 531 US 457, 488-89 *apud* PIERCE JR, op. cit., p. 11.

edição do texto constitucional norte-americano havia uma certa divergência sobre qual deveria ser a interpretação dada a este princípio⁵⁵¹.

Há na doutrina norte-americana do século XX duas posições distintas: a da independência dos poderes e a do *checks and balances* (freios e contrapesos). Uma interpretação do princípio da separação dos poderes no sentido da independência é a de que cada Poder – Executivo, Legislativo e Judiciário – poderia exercer todas as três funções. Todavia, cada um dos três Poderes seria independente em relação aos demais. Ou seja, a separação dos poderes implicaria em não se permitir que um dos três Poderes interferisse nas atividades dos outros dois. Para esta posição, a separação de poder seria interpretada, portanto, como a divisão de poder em três órgãos independentes entre si. Esta é a posição de Frank J. Goodnow⁵⁵². É uma posição clássica, mas com pouca adesão pelos autores norte-americanos contemporâneos.

Uma variante desta corrente é a que considera que os Poderes não só são independentes, mas que exercem exclusivamente uma determinada função constitucional. Assim, a função legislativa seria exclusiva do Poder Legislativo, a função jurisdicional seria exclusiva do Poder Judiciário e a execução das normas seria exclusiva do Poder Executivo, não sendo possível que um dos Poderes acumule, em si, mais de uma das funções. Os argumentos desta corrente, ao não permitirem a transferência de funções de um poder para outro, acabam se confundindo com a própria doutrina da não delegação, acima explicada⁵⁵³.

A interpretação mais aceita pela doutrina norte-americana contemporânea é a do *checks and balances* (freios e contrapesos). Esta posição defende que os três Poderes se limitam mutuamente. Assim, a proteção contra a arbitrariedade seria obtida não por se manter as três clássicas funções separadas, mas através da supervisão pelo Poder Legislativo e Judiciário da atividade a cargo do Executivo⁵⁵⁴. Para esta doutrina, não haveria, portanto, funções exclusivas ou mesmo independência entre os poderes. As funções deveriam ser divididas entre os Poderes, de tal forma que um Poder possa conter a atuação dos outros dois⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Cf. CASPER, Gerhard. An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices. **William and Mary Law Review**, vol. 30, nº 2, artigo 3. 1989. p. 211-261. Disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss2/3/>. Acesso em 19 jun. 2012.

⁵⁵² GOODNOW, op. cit., p. 31-42.

⁵⁵³ Cf. BREYER et. al., op. cit., p. 31-38.

⁵⁵⁴ DAVIS, op. cit., p. 36.

⁵⁵⁵ BREYER et. al., op. cit., p. 31-32.

Esta discussão também se tornou meramente acadêmica na doutrina norte-americana. A adoção irrestrita do princípio, em qualquer das três posições acima descritas, teria como consequência a inviabilização do modelo de agências reguladoras⁵⁵⁶. Por outro lado, a posição do Direito norte-americano tende a ser pragmática, privilegiando interpretações que funcionem do ponto de vista prático. Assim, ambos os princípios, da separação dos poderes e da não delegação, costumam ser apontados como um anacronismo, incompatíveis com uma economia industrializada e complexa⁵⁵⁷. Por exemplo, registramos a posição de Stephen Breyer sobre o tema:

Conforme você explora as questões constitucionais, vale a pena formular um questionamento pragmático: seria a aplicação judicial de uma determinada interpretação da Constituição, exigindo que o Congresso falasse claramente e abolisse as agências ‘independentes’, suscetível de fazer o Estado regulatório funcionar melhor ou pior?⁵⁵⁸

Verificamos que na doutrina norte-americana, sobre este ponto, vem prevalecendo a posição pragmática e consequencialista. Ou seja, tem se rejeitado uma interpretação da Constituição que inviabilize a atuação do Estado na economia contemporânea. É interessante notar que o argumento consequencialista já era usado por Goodnow, em 1905, para criticar a teoria da separação de poderes e apontar a inviabilidade de sua aplicação prática:

Esta parte da teoria tem se provado ser impossível de ser aplicada a organizações políticas reais. Nenhuma organização política, baseada na teoria geral da separação dos poderes, jamais foi estabelecida, que tenha atribuído o desempenho de cada uma das grandes funções governamentais, distintas por esta teoria, exclusivamente à uma autoridade governamental [...] ⁵⁵⁹.

O que se verifica, portanto, é que tanto a doutrina da não delegação como o princípio da separação entre os poderes, apesar de serem discutidos e mencionados nos textos acadêmicos norte-americanos, costumam ter seus efeitos práticos afastados por argumentos de ordem pragmática. Ambos os princípios são normalmente encarados como anacronismos,

⁵⁵⁶ DAVIS, op. cit., p. 35.

⁵⁵⁷ BREYER et. al., op. cit., p. 32.

⁵⁵⁸ “As you explore the constitutional questions, it is worthwhile to ask a pragmatic question: Would judicial enforcement of a certain understanding of the Constitution – requiring congress to speak clearly, abolishing ‘independent’ agencies – be likely to make the regulatory state work better or worse?”. Tradução nossa. BREYER et. al., op. cit., p. 32.

⁵⁵⁹ “This part of the theory has been proven to be impossible of application to concrete political organizations. No political organization, based on the general theory of the separation of powers, has ever been established which assigns the discharge of each of the great governmental functions distinguished by this theory exclusively to one governmental authority. [...]” Tradução nossa. GOODNOW, op. cit., p. 25-26.

impossíveis de serem aplicados numa sociedade complexa como a sociedade industrializada contemporânea⁵⁶⁰.

3.7.6. Controle Judicial do Poder Normativo das Agências nos EUA

Como comentamos anteriormente, o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras alterou-se bastante ao longo da história norte-americana. Particularmente a partir da década de 1970, o Poder Judiciário passou a fazer um controle mais minucioso dos atos normativos das agências e a exigir maiores formalidades para a elaboração de novas normas. Apesar de o controle judicial ter se intensificado na década de 1970, ainda não havia nos EUA uma definição clara dos parâmetros que deveriam ser utilizados pelo Poder Judiciário para o controle judicial dos atos das agências.

3.7.6.1. O Caso Chevron

Um divisor de águas em matéria de controle judicial das agências, no EUA, é o caso Chevron, de 1984. Antes do caso Chevron, o controle judicial das normas criadas pelas agências era considerado como inconsistente e imprevisível, havendo posições contraditórias dentro da própria Suprema Corte norte-americana. Com o caso Chevron, a Suprema Corte uniformizou o tratamento da matéria pelo Judiciário norte-americano, estabelecendo o teste que ficou conhecido como teste dos dois passos (*two steps*).

O caso Chevron envolvia uma disputa ambiental e a discussão sobre a interpretação do termo “fonte estacionária” (“*stationary source*”). A Lei do Ar Limpo (*Clear Air Act*) previa que os Estados deveriam exigir permissões para a construção e operação de novas fontes estacionárias de poluição do ar, ou de fontes estacionárias que tivessem sido modificadas e passassem a emitir mais poluentes. As permissões para novas fontes de emissão de poluentes, todavia, estavam sujeitas a regras mais rígidas para a certificação ambiental. A agência ambiental federal, a EPA, durante a administração Reagan, mudou o seu conceito de “fonte estacionária” e editou uma regulação estabelecendo que toda uma fábrica ou instalação poderia ser considerada como sendo uma única “fonte estacionária”. Por esta nova definição, seria possível alterar um dos equipamentos da instalação, aumentando a emissão de poluentes de um equipamento específico, desde que o eventual aumento de poluentes fosse compensado pela diminuição de emissões de outro equipamento da mesma fábrica. Ou seja, a fábrica,

⁵⁶⁰ Kenneth C. Davis registra que até meados do século XX o estudo do Direito Administrativo nos EUA era concentrado na doutrina da separação dos poderes e da não-delegação. Na segunda metade do século XX, a ênfase passou a ser no próprio procedimento administrativo e na revisão judicial. DAVIS, op. cit., p. 7.

como um todo, seria considerada como uma única fonte (“teoria da bolha”), apurando-se o total de emissões da instalação. Enquanto a fábrica, como um todo, não aumentasse os seus níveis de poluição do ar, não seria necessária uma nova certificação ambiental. Os opositores da “teoria da bolha” defendiam que o conceito de “fonte estacionária” deveria ser considerado para cada equipamento ou fonte de poluição. Ou seja, não seria possível a compensação com a redução de emissões de outros equipamentos da mesma instalação: cada nova fonte de emissão deveria se submeter à certificação da Lei do Ar Limpo. Para os críticos, a “teoria da bolha” minava a intenção da Lei, que era obrigar às empresas a adotar medidas rápidas para a melhoria da qualidade do ar⁵⁶¹.

Ao decidir o caso *Chevron*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu um teste de dois passos, o qual passou a ser usado como referência para o controle judicial norte-americano. O primeiro passo do teste desenvolvido para o caso *Chevron* é saber se a legislação elaborada pelo Poder Legislativo tratou de forma específica do assunto em disputa. Se a intenção do Poder Legislativo estiver clara, cabe ao Judiciário e à respectiva agência reguladora adequarem os atos regulatórios à norma estabelecida pelo Poder Legislativo.

Se o assunto não tiver sido diretamente regulado pela legislação emitida pelo Poder Legislativo, ou se a posição da Lei for ambígua ou sujeita a múltiplas interpretações plausíveis, o Poder Judiciário não deve impor a sua interpretação da Lei. Nestes casos, cabe ao Judiciário verificar se o ato regulatório produzido pela respectiva agência é baseado numa interpretação lícita da legislação. Este é o segundo passo do caso *Chevron*. Mostra-se relevante a reprodução da justificativa da Suprema Corte norte-americana sobre o tema:

Juízes [...] não são parte de nenhum ramo político do governo. Por outro lado, uma agência à qual o Congresso delegou a responsabilidade pela formulação de políticas pode, dentro dos limites da sua delegação, contar devidamente com a visão do governo acerca da política mais prudente para fundamentar os seus julgamentos. Apesar das agências não serem diretamente responsáveis perante o povo, o Chefe do Executivo é, e é inteiramente apropriado que os ramos políticos do governo façam essas escolhas políticas⁵⁶².

⁵⁶¹ Cf. BREYER et. al., op. cit., p. 242.

⁵⁶² “Judges ... are not part of either political branch of government. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking may, within the limits of that delegation, properly rely on the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgements. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and its entirely appropriate for this political branch of government to make such policy choices”. Tradução nossa. SUPREMA Corte dos EUA. *Chevron v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984) *apud* PIERCE JR, op. cit., p. 89.

Ao efetuar o teste dos dois passos, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a Legislação aplicável, Lei do Ar Limpo (*Clear Air Act*), não deixava claro se a definição de “fonte estacionária” poderia ou não ser aplicada a uma fábrica como um todo, ou se deveria ser aplicada equipamento por equipamento. Assim, foi superado o primeiro passo, pois como a Lei não havia disciplinado diretamente a questão, havia um espaço de discricionariedade a ser preenchido pela agência. No segundo passo, segundo a Suprema Corte norte-americana, não caberia ao Judiciário definir diretamente qual deveria ser o conceito de “fonte estacionária”, mas, sim, verificar se a interpretação adotada pela EPA, dentre as diversas interpretações possíveis, era lícita. No caso, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a definição adotada pela EPA era uma construção possível de ser feita a partir da Lei do Ar Limpo e que, portanto, não deveria ser declarada inconstitucional⁵⁶³.

Devemos destacar que o caso Chevron não afastou a possibilidade do controle judicial das agências reguladoras, apenas previu uma regra de autocontenção. A conclusão que podemos tirar do caso é que, no Direito norte-americano, conforme a doutrina Chevron, o Judiciário pode efetuar o controle dos atos das agências quando estes claramente contrariarem a legislação. Todavia, nos casos em que há múltiplas interpretações possíveis da norma, cabe ao Judiciário conceder uma margem de discricionariedade à agência, não devendo substituir a posição da agência por sua opinião. Nestas hipóteses, ele deve se restringir a avaliar se a agência interpretou a norma de uma maneira lícita. A partir do Caso Chevron, a Suprema Corte norte-americana deixou claro que os juízes não são especialistas em áreas técnicas, não gozam do mesmo nível de dados e informações que as agências e que não têm a mesma responsabilidade política em face da população. Por tal motivo, em áreas em que existam diversas interpretações possíveis, não devem substituir a opinião da agência reguladora pela sua própria opinião.

3.7.6.2. Teste do Ato “Arbitrário e Caprichoso”

Apesar de ter sido visto com certo ceticismo num primeiro momento, o caso Chevron mudou a forma dos órgãos judiciários efetuarem o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras e ainda é, no momento atual, a grande referência na jurisprudência norte-americana sobre o tema⁵⁶⁴. Porém, é claro que nem todos os problemas judiciais

⁵⁶³ Cf. BREYER et. al., op.cit., p. 243-247.

⁵⁶⁴ Cf. ELLIOTT, E. Donald. **Chevron Matters**: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series, 2005. Paper 2715. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2715>. Acesso em 19 jun. 2012.

relativos ao poder normativo das agências reguladoras podem ser resolvidos pela simples aplicação dos dois passos do caso *Chevron*.

Um dos testes tradicionalmente utilizados pelos Tribunais norte-americanos é o do ato “arbitrário e caprichoso” (*arbitrary and capricious*). Este teste já era tradicionalmente utilizado pelo Judiciário desde a primeira metade do século XX, mas sofreu uma grande mudança no final da década de 1960, com o advento da doutrina do *hard look* (exame diligente). A doutrina do *hard look* foi referendada pela Suprema Corte norte-americana em 1983, no caso *State Farm*⁵⁶⁵.

Na versão atual desta doutrina, um ato normativo é considerado “arbitrário e caprichoso” quando a agência deixa de considerar algum estudo, prova ou dado apresentado no procedimento de elaboração da norma, sem apresentar uma justificativa técnica na sua declaração de fundamentos e propósitos (terceira etapa do procedimento de elaboração de normas). O ato também pode ser considerado arbitrário se tiver deixado de considerar um aspecto importante do problema, se sua decisão for contrária às provas produzidas no procedimento de elaboração da norma sem uma explicação plausível ou se ele for baseado em circunstâncias que, do ponto de vista legal, não deveriam ter sido consideradas. O ato pode ser declarado arbitrário já na notificação inicial de intenção de elaboração da norma (o NOPR), se a declaração inicial não vier acompanhada dos estudos e fundamentos que justifiquem a proposta de elaboração da norma. O teste do “arbitrário e caprichoso” é feito, portanto, nos três passos do processo de elaboração de normas: verifica-se se a notificação inicial está devidamente fundamentada com provas e estudos; verifica-se se foi dada a oportunidade para os interessados apresentarem outros estudos, documentos e outros fatos que possam refutar as provas inicialmente produzidas pela agência; e verifica-se se a declaração final de fundamentos e propósitos fundamentou de forma adequada a redação final da norma e se analisou adequadamente todas as provas e argumentos apresentados pelas partes interessadas⁵⁶⁶.

Quando um ato normativo é considerado arbitrário, o Poder Judiciário determina que a agência refaça o procedimento de elaboração de normas, seja determinando a emissão de uma nova declaração de fundamentos e propósitos, seja reexaminando o texto da norma ou mesmo repetindo alguma das fases do procedimento. Alguns órgãos do Judiciário costumam optar

⁵⁶⁵ SUPREMA Corte dos EUA. Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. 463 U.S. 29, 43 (1983) *apud* PIERCE JR, op. cit., p. 83.

⁵⁶⁶ PIERCE JR, op. cit., 81-86.

entre anular o ato ou manter o ato válido até a correção do procedimento. Esta posição é adotada por alguns Tribunais quando a violação é considerada leve ou quando a anulação do ato puder causar uma grave perturbação. Devemos ressaltar, todavia, que a discricionariedade para manter ou não o ato em vigor ainda é um tema controvertido na doutrina dos EUA, e que há quem sustente que o Judiciário não teria esta discricionariedade⁵⁶⁷.

3.7.6.3. Conclusão Acerca do Controle Judicial nos EUA

Primeiramente, parece bastante claro que a jurisprudência dos EUA já conseguiu superar as discussões sobre a constitucionalidade, ou não, do poder normativo das agências reguladoras, ainda que tal debate tenha sido suplantado por argumentos de ordem pragmática e consequencialista. Assim, parece que do ponto de vista do controle judicial, já estão superadas, nos EUA, as discussões acerca da separação do poder e da doutrina da não delegação. O reconhecimento da existência do fato social, ou seja, que as agências reguladoras efetivamente legislam, possivelmente permitiu que a jurisprudência norte-americana pudesse debater com maior profundidade quanto à forma de controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras.

Podemos verificar que o controle judicial tornou-se mais severo nos Estados Unidos a partir da década de 1970. Este fenômeno provavelmente está relacionado com o questionamento do papel do Estado e com o surgimento das teorias de desregulamentação. É razoável se supor que a intensificação do controle judicial forçou à Suprema Corte a estabelecer os parâmetros para uniformizar este controle, particularmente para retirar a arbitrariedade e a imprevisibilidade da revisão judicial dos atos normativos elaborados pelas agências. Assim, é razoável se supor que os dois passos da doutrina Chevron tenham sido formulados na década de 1980 como uma resposta à intensificação do controle judicial ocorrida na década anterior.

A experiência norte-americana nos permite verificar que é possível a realização de um controle judicial consistente, ativo e efetivo dos atos normativos das agências reguladoras, sem que isso implique em se retirar a necessária discricionariedade que os órgãos reguladores devem ter numa sociedade complexa como a contemporânea. Todavia, o exame do controle judicial dos EUA, particularmente do caso Chevron, alerta para a importância de que o controle judicial não se transforme numa simples substituição da opinião da agência reguladora pela opinião do julgador. Desta forma, deve haver certa autocontenção do

⁵⁶⁷ PIERCE JR, op. cit., p. 85-86.

Judiciário, o qual deve permitir um espaço de discricionariedade para que as agências formulem as suas políticas públicas. Postulamos, ainda, que a partir da experiência norte-americana, entendemos ser possível a formulação de métodos que permitam que o controle judicial seja previsível, consistente e verificável.

3.8. A Doutrina Brasileira

A introdução das agências reguladoras no Brasil enfrentou o problema decorrente da transposição do contexto norte-americano para o contexto brasileiro, aliado a uma forte resistência da doutrina e da opinião pública, que viam com desconfiança o processo de privatização e de desestatização da década de 1990 e acusavam a assim denominada política “neoliberal”⁵⁶⁸. A crítica ao novo instituto veio acompanhada de um sentimento de aversão - e mesmo de preconceito - em relação ao Direito administrativo norte-americano. Relevante a leitura, a título de ilustração, de comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a introdução das agências no ordenamento jurídico brasileiro:

Desgraçadamente, pode-se prever que ditas ‘agências’ certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as ‘agências’ norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano⁵⁶⁹.

Ainda reside na doutrina nacional, como se verifica no comentário acima, um sentimento de grande diferença entre a tradição anglo-saxão e a tradição nacional, diferença esta que inviabilizaria qualquer tipo de comparação ou de aprendizado com os institutos jurídicos de Direito administrativo de origem de países da *common Law*. Reconhecemos que os sistemas administrativos dos países da *common Law* possuem diferenças em relação ao modelo romano-germânico que nos foi legado pela cultura luso-ibérica. Ocorre que a despeito de tais diferenças, vários países de tradição romano-germânica adotaram, a partir das últimas décadas do século XX, o modelo de agências reguladoras norte-americano, num movimento de aproximação do Direito anglo-saxão com o Direito da Europa continental⁵⁷⁰. Tal fato

⁵⁶⁸ Cf. DINIZ, Eli. Globalização, Elites Empresariais e Democracia no Brasil dos Anos 90. **Ensaio FEE** (Fundação de Economia e Estatística), Porto Alegre, v. 20, nº 1, p. 155-178, 1999; e MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 25-31.

⁵⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 159-160.

⁵⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 14-15; e ALVEAL, op. cit., p. 3.

provavelmente está relacionado com o processo de globalização abordado no capítulo anterior⁵⁷¹.

É claro que reconhecemos que transpor qualquer instituto jurídico de um sistema normativo para outro é uma tarefa naturalmente tormentosa, a qual demanda um esforço de adaptação. A transposição do modelo estadunidense de agências reguladoras, todavia, apresenta dois desafios específicos, que devem ser sopesados: primeiro, o fato de a cultura institucional brasileira exacerbar a sua diferenciação em relação aos conceitos e tradições do Direito anglo-saxão; em segundo, porque, seguindo a tradição luso-ibérica, a regulação no Brasil esteve tradicionalmente associada a uma política autoritária e ao processo decisório centralizado no governo federal⁵⁷².

Um exemplo anedótico da dificuldade de incorporação de institutos estrangeiros é o famoso caso do críquete das ilhas Trobiand (*Trobiand Cricket*). No início do século XX, missionários e colonizadores ingleses introduziram o jogo de críquete nas ilhas Trobiand, na Papua Nova Guiné. Na década de 1970, uma equipe australiana de documentário registrou como vinha sendo jogado o críquete pelos nativos, após algumas décadas da saída dos colonizadores. A população tribal havia alterado as regras do jogo, o qual passou a ser chamado de *kayasa*. Entre as novas regras, eles haviam abolido, por exemplo, o número máximo de jogadores, permitindo que toda a comunidade tribal jogasse. Eles passaram a incorporar cantos e danças tribais ao jogo e substituíram a vestimenta e equipamentos no estilo europeu por roupas tribais, pinturas de guerra, pedras e paus. Como o sistema de pontuação do críquete era complexo, convencionou-se que a equipe do local onde se realizava a partida era sempre a vencedora, abolindo-se praticamente todo o sistema original de regras. Os feiticeiros locais funcionavam como “árbitros”, sendo permitido aos mesmos lançar feitiços e usar “magias” ao longo das partidas. A *kayasa* passou a ser organizada não como um esporte, mas como uma competição ritual, cuja organização era uma forma de se aumentar o prestígio político do organizador^{573 574}. O caso das ilhas Trobiand é um exemplo de como a aclimação de um instituto estrangeiro à cultura local pode transformá-lo ao ponto de torná-lo irreconhecível, distanciando-o de sua natureza e propósito original.

⁵⁷¹ No mesmo sentido: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil**. Londrina: Humanidade, 2004, p. 59-63.

⁵⁷² Ibidem, p. 61-64; e ALVEAL, op. cit., p. 14-15.

⁵⁷³ Questão tratado no documentário *Trobiand Cricket: An Ingenious Response to Colonialism*. Direção: Gary Kildea e Jerry Leach. Austrália, 1975. 53 min. Trecho disponível no sítio *youtube*. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=0jTP7a9I0dU>>. Acesso em 22 jun. 2012.

⁵⁷⁴ Cf. JUSTEN FILHO [2002], op. cit., p. 286-288.

Assim, era de se esperar que a tropicalização das agências reguladoras passasse por um processo de adaptação e relativização de suas regras originais. A natural dificuldade na transposição do instituto entre ordenamentos jurídicos distintos, somada à desconfiança de parte da doutrina nacional em relação à reforma estatal da década de 1990, possivelmente influenciou a que parte da doutrina passasse a interpretar as agências reguladoras como simples autarquias, negando-lhes qualquer traço distintivo em relação aos entes já conhecidos pelo Direito Administrativo nacional, como apontaremos adiante. Este tipo de interpretação, acaso acatada, descaracterizaria o instituto importado e esvaziaria a pretendida renovação que deveria ser trazida pelas agências reguladoras, transformando-as num instituto similar ao críquete Trobiand.

Parece-nos bastante claro que a legislação da década de 1990, ao criar as agências reguladoras como autarquias de regime especial, pretendeu de certa forma inovar em relação à legislação vigente. Ainda que o alcance do poder concedido a essas agências não esteja totalmente claro nas respectivas legislações de criação, é razoável se supor que a legislação pretendeu conceder a estas autarquias um regime jurídico que as diferenciasse das demais autarquias e órgãos já conhecidos pela Administração.

Esse desejo de parte da doutrina de pretender ignorar a mudança legislativa deu origem a uma interpretação tortuosa, que busca tratar o poder normativo como se o mesmo fosse um sinônimo de poder regulamentar⁵⁷⁵. Ora, o poder regulamentar é inerente a qualquer órgão público, seja ele uma autarquia ou não. Se a função normativa das agências reguladoras fosse restrita ao simples exercício do poder regulamentar, de fato nenhum motivo teria o legislador para lhes criar um regime especial. Assim, opinamos que a interpretação do instituto deve se dar dentro do seu contexto histórico e institucional, não podendo se desconsiderar que a reforma da década de 1990 efetivamente buscou alterar o modelo de regulação estatal, aproximando-o do modelo norte-americano. E devemos considerar também que o modelo anglo-saxão inspirou institutos similares em outros países também de tradição romano-germânica, como Portugal, Itália, França e Alemanha⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Cf. BARCELOS, op. cit., p. 73-87.

⁵⁷⁶ Para comentários sobre agências reguladoras na Europa e América Latina: Cf. GILARDI, Fabrizio et. al.. Regulation in the Age of Globalization: the diffusion of regulatory agencies across Europe and Latin America in HODGE, Graeme (Ed.). **Privatization and Market Development: Global Movements in Public Policy Ideas**. Cheltenham: Edward Elgar Publ., 2006. p. 127-147; JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na 'Regulação Independente'? in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 233-234; e GODOI JUNIOR, José Vicente. **Agências Reguladoras: Características, Atividades e Força Normativa**.

Em virtude da parcial resistência ao modelo norte-americano das agências reguladoras, a doutrina brasileira acabou limitando o seu debate a dois pontos: se as agências reguladoras são ou não independentes; e se possuem, ou não, poder normativo. Um dos grandes debates em torno do poder normativo das agências é saber se ele seria uma delegação legislativa ou um poder regulamentar⁵⁷⁷. Neste debate, acabou-se misturando ao conceito norte-americano de *rulemaking* (elaboração de normas) discussões da doutrina europeia acerca do poder regulamentar, na maioria das vezes sem se considerar que os dois institutos tratam de hipóteses distintas. Como o debate doutrinário não conseguiu avançar além destes dois pontos, a discussão sobre as agências reguladoras acabou se tornando meramente acadêmica, não fornecendo instrumentos para auxiliar o controle judicial dos atos normativos das agências, nem produzindo conhecimento apto a resolver os problemas práticos surgidos da regulação.

Para podermos analisar os argumentos apresentados pelos autores brasileiros, iremos agrupar as diversas posições em correntes, como forma de se facilitar a análise e compreensão das discussões. O nosso exame dos autores doutrinários é feito sob uma ótica de sistematização e organização dos principais discursos e linhas de argumentação existentes no debate acadêmico, sem a pretensão de, no primeiro momento, aderir ou refutar as diversas teses concorrentes. Claro, todavia, que, mais adiante, ao nos posicionarmos sobre o tema, retomaremos algumas dessas discussões.

A análise dos principais autores permitiu agrupá-los em três grandes grupos: os que admitem a possibilidade de delegação do exercício da função normativa às agências reguladoras; os que não admitem a possibilidade de delegação da função legislativa⁵⁷⁸, mas que admitem, ou não se posicionam contra, o exercício da função normativa pelas agências reguladoras, em algum grau; e os entendem que não só há uma proibição à delegação da função legislativa, mas que o poder normativo das agências se resumiria ao poder regulamentar, ou seja, sem a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico.

Dissertação de mestrado. Orientadora Soraya Regina Gasparetto Lunardi. Marília: Universidade de Marília, 2008. P. 37-40.

⁵⁷⁷ BARCELOS, op. cit, p. 73-75.

⁵⁷⁸ Como registra Marcelo Lennertz, “[e]ntre nós, porém, há grande resistência para se reconhecer a possibilidade de delegação da função de legislar pelo Poder Legislativo às agências reguladoras. As posições contrárias ao exercício do poder normativo por parte das agências reguladoras normalmente têm como ponto nuclear o argumento de que é inconstitucional qualquer tipo de delegação legislativa não autorizada expressamente em dispositivos da Constituição”. LENNERTZ, Marcelo Rangel. **Agências Reguladoras e Democracia no Brasil: entre Facticidade e Validade**. Dissertação de Mestrado. Orientador José Maria Gómez. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008. p. 44.

Denominaremos a primeira corrente de **permissiva**, a segunda corrente de **proibitiva intermediária** e a terceira de corrente **proibitiva rígida**. Explicamos que estamos usando o termo “permissivo” ou “proibitivo” em relação ao fato de esses autores permitirem, ou vedarem, a delegação da função legislativa ao Executivo.

Note-se que adotamos como critério que a inclusão em uma ou outra corrente independe do argumento adotado para justificar a posição, mas a posição em si do autor em relação à delegação da função normativa. Contudo, é inegável a diversidade de pensamento dentro de cada uma das correntes.

De antemão reconhecemos a dificuldade de se agrupar e classificar autores e linhas de pensamento dentro de estruturas rígidas, ante as particularidades e a riqueza do pensamento humano. Fazemos tal classificação apenas em caráter didático, com o singelo propósito de facilitar o exame das diversas discussões e o tratamento homogêneo de argumentos semelhantes e pontos de vista repetitivos. Todavia, reconhecemos desde já que se trata de uma criação artificial, uma simplificação cujo único propósito é permitir a análise de argumentos que, sem tal nivelamento, não poderiam ser examinados e sistematizados de forma científica. Entretanto, tentaremos, dentro do breve espaço deste trabalho, apontar as distinções e peculiaridade de cada autor em relação à corrente geral na qual foi incluído.

3.8.1. Corrente permissiva

Como explanado, incluímos nesta corrente os autores que admitem a delegação da função normativa às agências reguladoras. Podemos citar autores como Floriano Marques Neto, Alexandre Santos de Aragão, Alexandre de Moraes, Tércio Sampaio e Diogo de Figueiredo.

Floriano Marques Neto, ao analisar o tema, reconhece que as agências reguladoras concentram em si as três funções clássicas dos poderes. Todavia, defende que a tripartição de poderes não envolve “uma segregação estanque de cada função estatal”⁵⁷⁹. Assim, na visão do autor, não haveria impedimento constitucional à multiplicidade de funções das agências⁵⁸⁰.

Ainda segundo Floriano Neto, não haveria no texto constitucional a vedação de delegação normativa^{581 582}. Ele fundamenta tal argumento na interpretação literal do inciso V

⁵⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**: Fundamentos e seu Regime Jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 107.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 108.

⁵⁸¹ Idem, p. 108.

do art. 49 da Constituição Federal, o qual prevê a competência do Congresso de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;” (art. 49, V da CRFB/88). Tal passagem teria duas consequências para o autor: a primeira, de que o poder normativo poderia ser exercido pelo Poder Executivo na forma da Lei, devendo-se entender Poder Executivo num conceito mais amplo do que o do seu Chefe, que é o Presidente da República; a segunda, que o constituinte admitiu explicitamente a possibilidade de delegação, “caso contrário não haveria sentido em se referir a ela, ao prever o exercício pelo Congresso do controle da atividade normativa delegada”⁵⁸³.

Floriano Neto identifica no papel dos órgãos reguladores uma verdadeira crise do princípio da legalidade: “O fato é que a atuação destes órgãos reguladores reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade, crise esta que não decorre meramente do fenômeno do surgimento das agências, mas da própria profusão de fontes normativas”. Para o autor, a crise não está na suposta oposição entre as funções das agências reguladoras e “a figura da lei como fonte necessárias das competências dos agentes públicos”⁵⁸⁴. A verdadeira crise está na pretensão ao conteúdo totalizador da prescrição legal. Para Floriano, a crise advém da inviabilidade de se pretender que a norma legal deva trazer, de forma precisa, “o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória”⁵⁸⁵.

Alexandre Santos Aragão também aborda a questão da separação de poderes, afirmando que “a tradicional doutrina da Tripartição de Poderes, merece algumas desmistificações”^{586 587}. Aragão subscreve explicitamente a tese de que a separação de poderes implica na divisão de funções no seu sentido material, pois essa divisão de funções é que garantiria a liberdade. Na visão do autor, as agências reguladoras seriam entes “mais

⁵⁸² Em sentido similar, pela ausência de limitação constitucional: MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras e a sua Utilidade como Instrumento de Realização de Políticas Públicas**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza, CE em jun. 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4020.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2012. p. 3370.

⁵⁸³ MARQUES NETO, op. cit., p. 109.

⁵⁸⁴ Ibidem, p. 109, N.R. 87.

⁵⁸⁵ Idem, p. 109, N.R. 87.

⁵⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras: Algumas Perplexidades e Desmistificações. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 10, nº 51, set/out de 2008. Versão digital, p. 5.

⁵⁸⁷ Em sentido similar, de necessidade revisão do princípio da separação de poderes: CLÈVE, op. cit., p. 42-43; e GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia *in* BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-31 e 40-57.

apropriados do que uma administração tradicional, por limitarem parte do poder do Chefe do Poder Executivo”⁵⁸⁸.

Reportando-se à experiência norte-americana, Aragão afirma que o surgimento das agências se deu num momento em que havia necessidade de maior intervenção do Estado na economia, justamente como forma de se evitar a concentração do poder intervencionista nas mãos do Presidente da República. Nesta ótica, as agências reguladoras estariam alinhadas à noção de separação de poder, na sua concepção de divisão de poder por diversos órgãos⁵⁸⁹.

Defende o autor que o “Legislador não tem mais a possibilidade de prever o ritmo dos acontecimentos”. Assim, a atribuição da função normativa ocorreria por uma impossibilidade técnica, razão pela qual “a lei transfere, através de *standards*, grande parte da regulação para a Administração Pública”^{590 591}. Note-se, todavia, que Aragão rejeita que tal fato seja uma delegação, afirmando que se trata da mera execução de uma Lei que deixou de estabelecer um maior detalhamento da matéria legislada⁵⁹². Ainda assim, incluímos o autor na primeira corrente, com esta ressalva, por entender que o seu conceito de execução por *standards* o aproxima da posição dos autores desta corrente.

Outra questão que diferencia o pensamento de Aragão em relação aos demais autores desta corrente é a sua preocupação em relação à legitimação democrática das agências reguladoras e o conceito de *poderes neutrais*. Na sua visão, os problemas de legitimação podem ser superados “através da obrigatoriedade de realização de consultas e audiências públicas, inclusive acerca dos seus atos normativos, a fim de que qualquer interessado, [...] possam apresentar sugestões e críticas.”^{593 594}

Um argumento de Aragão para a defesa da legitimidade democrática das agências é que estas são criadas por Lei, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, podendo o “Legislador” interferir no seu regime jurídico ou mesmo extingui-las. Assim, a sua

⁵⁸⁸ ARAGÃO [2008], op. cit., p. 5; e cf. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 201-219.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 5; e Ibidem, p. 372-376.

⁵⁹⁰ Note-se que Alexandre Aragão recusa que tal fato seja uma delegação da função normativa. Para o autor, trata-se de uma transferência de atribuição para editar normas que completem o sentido dos *standards*. ARAGÃO [2008], op. cit., p. 5; e cf. ARAGÃO [2002], op.cit., p. 379-381 e 406-418.

⁵⁹¹ Em sentido similar: MARQUES NETO, op. cit., p. 45-52.

⁵⁹² ARAGÃO [2002], op. cit., p. 411.

⁵⁹³ ARAGÃO [2008], op. cit., p. 8.

⁵⁹⁴ Concordando com a teoria dos poderes neutrais: LEMOS, Rafael Diogo D. e XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Participação Popular e Eficiência nas Agências Reguladoras: Fundamentos, Limites e Conflitos no Âmbito do Direito Positivo. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, vol. 1, ano 4, 2010. p. 9. Disponível em <<http://sol.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/article/view/40>>. Acesso em 22 jun. 2012.

legitimação democrática se dá pelo controle dos dois poderes legitimados democraticamente pela via eleitoral: o Executivo e o Legislativo⁵⁹⁵.

Por fim, Aragão apresenta como solução teórica ao problema da legitimação democrática a “teoria dos poderes neutrais”, de origem europeia. Segundo a teoria, haveria a necessidade de existência de órgãos autônomos e independentes, situados fora do círculo político-eleitoral, aos quais caberia “controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade”⁵⁹⁶. O autor cita como exemplo destes poderes neutrais os tribunais de contas, as cortes constitucionais e as agências reguladoras. Esses *poderes neutrais*, imunes de forma mais imediata às mudanças político-eleitorais, poderiam se contrapor às forças políticas majoritárias, assegurando “o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo.”^{597 598}

Alexandre de Moraes examina a teoria da separação dos poderes a partir dos autores clássicos⁵⁹⁹. Para Moraes, haveria a necessidade de adaptação da teoria ao sistema político contemporâneo, “pois não mais existe o antigo Estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por Locke, Kant e Montesquieu [...]”^{600 601}. Para Moraes, o princípio em questão, numa leitura atualizada, tem como finalidade a “proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente”⁶⁰². Assim, a separação de poderes exigiria, hoje, a inexistência de concentração de todas as funções em um único órgão, devendo as funções estatais serem separadas num sistema de controles recíprocos (*checks and balances*)^{603 604}.

⁵⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras in BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2-3.

⁵⁹⁶ Ibidem, p. 17.

⁵⁹⁷ Idem, p. 17-18.

⁵⁹⁸ Marcus André Melo critica a ideia de agências independentes com alta delegação e pouca responsabilização, reportando-se ao debate norte-americano da década de 1960-70. Segundo o autor, a eficiência seria obtida com alta delegação e alta responsabilidade, rejeitando a tese de insulamento burocrático das agências. MELO, Marcus André. A Política da Ação Regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 16, nº 46, 2001. P. 59-62.

⁵⁹⁹ MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras in MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 14.

⁶⁰¹ Em sentido similar, Andressa Assed defende que, diante da evolução histórica, o princípio da separação dos poderes não é aplicado com absoluta rigidez, havendo a necessidade de se acompanhar os avanços tecnológicos e de mercado. ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle Judicial dos Atos das Agências Reguladoras**. Dissertação de Mestrado. Orientador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2006. p. 51-52.

⁶⁰² MORAES, op. cit., p. 15.

⁶⁰³ Ibidem, p. 15.

Para Alexandre de Moraes, assim como o conceito de separação de poderes deve ser atualizado, igualmente o conceito de Lei deve ser modernizado, para resolver o problema da “ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos”⁶⁰⁵. Neste contexto, Moraes defende a delegação da função normativa dentro de um conceito de descentralização administrativa, a qual seria necessária “à promoção da eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos”⁶⁰⁶.

No mais, Moraes alinha-se à ideia de que ao Legislativo caberia o estabelecimento de *standards*, cabendo às agências exercer seu poder normativo dentro dos parâmetros fixados pela lei instituidora⁶⁰⁷.

Tercio Sampaio Ferraz Junior também admite expressamente a delegação da função normativa às agências reguladoras, mas o faz sob o argumento de garantia do princípio da eficiência⁶⁰⁸. Ele designa este tipo de delegação como delegação inominada, por não estar prevista expressamente na Constituição Federal⁶⁰⁹. Na visão do autor, trata-se de uma delegação instrumental, necessária ao atendimento ao princípio da eficiência.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes.⁶¹⁰

Verifica-se que Tércio apresenta um argumento consequencialista de necessidade de alteração da interpretação da Constituição, sem a qual a Administração estaria condenada à paralisia,

Dentre os autores incluídos nesta corrente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto é o que apresenta a linha argumentativa mais singular, apartando-se razoavelmente dos demais autores nacionais. Diogo de Figueiredo define a função reguladora como sendo um complexo

⁶⁰⁴ Sobre a necessidade de revisão do sistema de separação de poderes na sociedade contemporânea: CLÈVE, op. cit., p. 23-43.

⁶⁰⁵ MORAES, op. cit., p. 18.

⁶⁰⁶ Ibidem, p. 20-21.

⁶⁰⁷ Idem, p. 22.

⁶⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 9-10.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 5.

⁶¹⁰ Idem, p. 11.

de funções clássicas administrativas, normativas e judicantes⁶¹¹. A função normativa, no seu ver, teria duas modalidades: a modalidade tradicional da regulamentação secundária, que seria característica dos órgãos administrativos, e a função tipicamente regulatória, que seria caracterizada “por seus efeitos extroversos sobre matérias deslegalizadas”^{612 613 614}.

As normas reguladoras, para Diogo de Figueiredo, seriam o produto mais típico da função reguladora, sendo “espécies normativas *sui generis*, distintas da *normas legais* tradicionais”⁶¹⁵. Enquanto que as normas legais tradicionais resultariam de opções políticas abstratas, definindo um interesse público específico e a descrição de comportamento imposto, as normas reguladoras seriam opções administrativas, igualmente abstratas, mas formuladas com maior densidade técnica. As normas reguladoras seriam aplicadas em relações deslegalizadas, nas quais não se impõe um comportamento, mas, sim, uma situação de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores⁶¹⁶.

Sobre esta premissa, de que as normas reguladoras não fixariam comportamentos, entendemos que Diogo de Figueiredo parte mais de uma formulação abstrata do que da experiência empírica. Como tratado nos exemplos deste trabalho, e descritos no capítulo 1, é fácil se verificar que as agências reguladoras têm utilizado do seu poder normativo também para fixar comportamentos específicos. Assim, não compartilhamos quanto à existência desta distinção específica. Neste ponto, parece-nos que Diogo de Figueiredo não apresenta uma solução ao problema específico, que é saber se as agências reguladoras **poderiam** ditar comportamentos específicos.

Voltando ao pensamento de Diogo de Figueiredo, o êxito das entidades reguladoras estaria justamente na celeridade, precisão e flexibilidade obtidas com a norma reguladora. Para o autor, as escolhas políticas seriam típicas da competência legislativa dos Parlamentos.

⁶¹¹ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 108.

⁶¹² Ibidem, p. 109.

⁶¹³ Em sentido similar, mas com nomenclatura distinta, Marcio Sampaio diferencia os atos regulatórios dos atos regulamentares. O ato regulamentar complementaria a legislação vigente, enquanto que o ato regulatório, decorrente do poder normativo, poderia trazer algum tipo de inovação. Todavia, segundo, Marcio Sampaio, somente as agências reguladoras com referência no texto constitucional seriam dotadas de poder normativo. MARTINS, op. cit., p. 3363-3364,

⁶¹⁴ Com posição similar: MADEIRA, José Maria Pinheiro. Agência reguladora. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3339>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

⁶¹⁵ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 113.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 114.

As normas reguladoras deveriam ser usadas, por sua vez, em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas^{617 618}.

Diogo de Figueiredo filia-se ao pensamento de García de Enterría, classificando a delegação normativa em três espécies: a delegação receptícia; a remissão; e a deslegalização. A *delegação receptícia* consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo, como ocorre no caso das leis delegadas (art. 59, IV c/c art. 60 da CRFB/88). A *delegação remissiva* consiste na remissão pela Lei a uma norma a ser criada pela Administração, dentro do quadro normativo previsto pela Lei, correspondendo ao poder regulamentar clássico. A *deslegalização*, por sua vez, seria a retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da Lei. Para Diogo, a deslegalização tanto pode ocorrer pela exclusão de um comportamento a qualquer tipo de regra como pela indicação de uma nova fonte regradora⁶¹⁹
⁶²⁰. A seguinte passagem sintetiza a posição de Diogo de Figueiredo:

[A] regulação [...] é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos.
Acresce que esse espaço é deslegalizado para que agentes politicamente neutros possam tomar decisões reguladoras, não apenas normativas, como executivas e judicantes, nos limites já expostos.⁶²¹

Note-se por particular que Diogo de Figueiredo não admite a deslegalização implícita, exigindo a existência de uma norma de deslegalização, a qual somente disporia sobre as finalidades, sem a imposição direta de condutas⁶²².

Ainda que se reconheça a importância da teoria da deslegalização no campo acadêmico em estudo, postulamos que na medida em que Diogo de Figueiredo exige que a deslegalização seja efetuada de forma **explícita**, não há diferença significativa entre os conceitos de deslegalização e delegação⁶²³. Não verificamos, pois, uma justificativa teórica

⁶¹⁷ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 117.

⁶¹⁸ Conforme observa Verônica Cruz, em exame da legislação da ANATEL, as diferenças entre formulação da política e sua execução não são tão nítidas. Várias das atribuições da ANATEL previstas na sua Lei de criação podem ser interpretadas como formulação de política. CRUZ, Verônica Paulino. **Agências Reguladoras: Entre Mudanças Institucionais e Legados Políticos**. Tese de Doutorado. Orientação Renato Raul Boschi. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007. p. 96.

⁶¹⁹ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 120-125.

⁶²⁰ Concordando com tese da deslegalização: ASSÉD, op. cit., p. 53-55; ARAGÃO [2002], op. cit., p. 418-425; e MADEIRA, op. cit., item 4.1.1.

⁶²¹ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 132-133.

⁶²² Ibidem, p. 170-171.

⁶²³ Em sentido similar ao da nossa posição, Lennertz observa que a tese da deslegalização, como defendida pela doutrina nacional, apresenta os mesmos argumentos usados da doutrina norte-americana para a defesa da

para o tratamento apartado. Ao que nos parece, eventual diferenciação teórica somente se justificaria se admitíssemos que a ausência de Lei em sentido estrito sobre determinado tema implicasse em deslegalização da matéria. Por outro lado, no momento em que se exige que a deslegalização seja explícita, parece-nos claro que a Lei que autoriza a deslegalização nada mais é do que a própria delegação da função normativa, já referida pelos demais autores.

Não se quer, com isso, dizer que Moreira Neto não tenha desenvolvido uma linha de argumentação consistente em defesa da deslegalização. Ao contrário, o autor apresenta diversos argumentos sofisticados neste sentido. Todavia, estes mesmos argumentos servem igualmente para a defesa da delegação da função normativa, razão pela qual a diferenciação dos institutos parece ser mais semântica do que de conteúdo.

Em relação ao ponto central da questão em exame, Moreira Neto entende que a indelegabilidade de funções entre poderes referida por Locke somente ocorre nos países da *common law*, pois estes teriam baseado suas constituições no conceito de *trust* (confiança)⁶²⁴. Nos países de tradição romano-germânica o problema não existiria,

pois, em geral, já se tem neles pacificamente reconhecido, com maior ou menor extensão e de longa data, um espaço normativo próprio da Administração, bem como a possibilidade, sempre aberta, de que ela possa receber também outros tipos de delegações legislativas.⁶²⁵

A afirmação acima parece ousada, eis que, como veremos, esta possibilidade de delegação não é aceita de forma tão pacífica pelos autores nacionais como parece indicar Moreira Neto.

Em resumo, verificamos que os autores incluídos nesta corrente não reconhecem haver uma limitação constitucional, ou metajurídica, à delegação da função normativa às agências reguladoras, seja por rejeitarem que o princípio da separação de poderes implique tal conduta (caso de Floriano Marques, Alexandre Aragão e Diogo de Figueiredo), seja por defenderem a necessidade de atualização da interpretação do texto constitucional (caso de Moraes e Tércio Sampaio).

delegação da função normativa. A tese da deslegalização seria, pois, uma tentativa de tornar mais palatável o instituto da delegação, ainda que, no fundo, esteja se dizendo a mesma coisa. LENNERTZ, op. cit., p. 45.

⁶²⁴ MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 119-120.

⁶²⁵ Ibidem, p. 120.

3.8.2. Corrente proibitiva intermediária

Essa corrente consiste em autores que, como regra, não admitem que a função legislativa seja delegada para órgãos do Executivo. Todavia, admitem que órgãos do executivo possam, em maior ou menor grau, criar direito novo, ainda que de uma forma limitada, ou ao menos não se posicionam rigidamente de forma contrária ao exercício desta função. Ou seja, apesar de reconhecerem haver algum tipo de vedação à delegação da função normativa, entendem que tal vedação não traz como consequência lógica a negação ao exercício da função normativa pelas agências.

Citamos como exemplos de autores desta corrente Leila Cuéllar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Luiz Roberto Barroso.

Para Leila Cuéllar, a separação de poderes não exige a exclusividade ou monopólio no exercício da função legislativa por parte do Poder Legislativo, no que se aproxima aos autores da primeira corrente. A competência legislativa incumbiria primordialmente ao Poder Legislativo, porém é admitida a participação dos demais poderes, em caráter secundário⁶²⁶.

Segundo Cuéllar, a delegação legislativa e o poder regulamentar, chamado por ela de competência regulamentar, seriam institutos distintos. Na delegação legislativa “há uma transferência da função legislativa, constitucionalmente deferida ao Poder Legislativo, a outros órgãos”⁶²⁷. A autora não admite a possibilidade de delegação da função legislativa, primeiro por entender que, ao contrário do sistema norte-americano, não há no Brasil um controle político das agências (problema da legitimidade democrática); em segundo, porque a delegação admite a sua cassação, o que, na visão da autora, acarretaria a extinção das agências, possibilidade esta que a autora não admite^{628 629}.

Para Leila Cuéllar, as agências reguladoras brasileiras possuem tão somente competência regulamentar, podendo, todavia, editar regulamentos autônomos, de forma limitada^{630 631}. A autora faz uso da definição clássica, a qual diferencia os regulamentos

⁶²⁶ CUÉLLAR, op. cit., p. 109-110.

⁶²⁷ Ibidem, p. 111.

⁶²⁸ Idem, p. 116.

⁶²⁹ Clèmerson Clève, por fundamentos diversos, converge na solução. Para o autor, a delegação da função legislativa precisa ter assento constitucional. A delegação anômala, ou seja, aquela autorizada pelo Parlamento, autoriza somente a produção de ato normativo desprovido de força de Lei, ou seja, dotado de mero caráter regulamentar. CLÈVE, op. cit., p. 118-127.

⁶³⁰ CUÉLLAR, op. cit., p. 124.

autônomos dos regulamentos de execução, sendo estes destinados à pura execução das normas previamente existentes, enquanto que aqueles poderiam inovar no ordenamento jurídico. Afirma a autora que “o regulamento autônomo não pode inovar de forma absoluta, *ab novo*, na ordem jurídica, estabelecendo direitos, obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei.”⁶³² Todavia, a autora mitiga a vedação de delegação normativa, reconhecendo a possibilidade de essas agências editarem regulamentos autônomos, pois “[a] competência normativa conferida às agências reguladoras [...] além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível”⁶³³.

Assim, em conclusão, a autora adota uma posição intermediária, a qual assim se resume: “No Brasil o que existe é um poder normativo/regulamentar diverso daqueles que existem em outros países. Trata-se de um poder temperado, adaptado ao sistema jurídico brasileiro”⁶³⁴.

Trata-se de uma argumentação consequencialista, que busca conciliar duas premissas logicamente inconciliáveis. A autora, ao não admitir a delegação da função normativa às agências reguladoras, acabou necessitando de uma solução para permitir o exercício da competência normativa, a qual, no seu ver, seria imprescindível para o funcionamento das agências reguladoras. Como as agências reguladoras devem funcionar, a solução adotada pela autora parece ser resultado de um jogo de semântica similar ao da doutrina da não delegação norte-americana, no qual se impede a delegação, mas se admite o regulamento autônomo. Entretanto, este conceito, ao que tudo indica, pouco se difere da própria delegação normativa sob o regime de *standards* defendido pelos autores da primeira corrente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho igualmente examinou o poder normativo das agências reguladoras, o qual, no seu ver, seria “amplíssimo”⁶³⁵. Para Ferreira Filho, este poder normativo inclui tanto a “regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas atribuído” (regulamentos executivos) como a “edição de normas independentes sobre matérias não disciplinadas pela lei”, (regulamentos independentes ou autônomos). Todavia,

⁶³¹ Godoi Junior concorda que as agências reguladoras detêm poder regulamentar, igualmente admitindo que as agências possam, através dos regulamentos, criar obrigações para terceiros, sem que isso fira o princípio da legalidade. GODOI JUNIOR, op. cit., p. 75-80.

⁶³² CUÉLLAR, op. cit., p. 125.

⁶³³ Ibidem, p. 141.

⁶³⁴ Idem, p. 142.

⁶³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras in MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

distintamente da posição de Leila Cuéllar, para o autor os dois aspectos de regulamentação apresentam óbices constitucionais⁶³⁶.

Em relação aos regulamentos executivos, na visão de Ferreira Filho, somente caberia ao Chefe do Executivo editá-los, tratando-se de poder indelegável por força do parágrafo único do art. 84⁶³⁷ do texto constitucional:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...]
Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Depreende-se que se trata de um argumento a *contrario sensu*, ou seja, como o parágrafo único do art. 84 da CRFB/88 somente permitiu a delegação dos poderes contidos nos incisos VI, XII e XXV, não teria permitido a delegação do poder contido no inciso IV do artigo em exame.

Cumprе apontar que Ferreira Filho acaba por mitigar esta linha de argumentação, apontando que ela não possui aderência na experiência empírica: “É, porém, antiga, difundida e tolerada a prática de que órgãos autárquicos regulamentem as leis. O problema, todavia, existe”^{638 639}.

Em relação ao segundo ponto da sua análise, Ferreira Filho entende que a edição de regulamentos independentes encontra óbice no princípio da legalidade (art. 5º, II da CRFB). Na visão do autor, esta função normativa importaria “em usurpação do poder legislativo pertencente ao Congresso Nacional. Poder indelegável, fora das hipóteses que a própria Constituição prevê (lei delegada), [...]”. Apesar de registrar esta veemente posição, Ferreira Filho acaba por reconhecer que esta prática é igualmente “antiga, difundida e tolerada”⁶⁴⁰.

⁶³⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 141-142.

⁶³⁷ O autor, no texto original, menciona o parágrafo único do art. 85 da CRFB/88. Claramente trata-se de um erro material, eis que o parágrafo referido trata dos crimes de responsabilidade. Resta bastante evidente pela argumentação que o dispositivo normativo referido pelo autor é, na verdade, o parágrafo único do art. 84 da Carta Constitucional.

⁶³⁸ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 142.

⁶³⁹ Marcos Juruena concorda com a premissa de que somente o Presidente da República poderia editar atos regulamentares. Todavia, para este autor, as agências desempenhariam uma função regulatória, a qual não se confundiria com a função regulamentar, pois no exercício da função regulatória a elaboração de normas se daria por critérios técnicos, não por critérios políticos. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11. Salvador (BA): CAJ – Centro de Atualização Jurídica, fev. 2002.

⁶⁴⁰ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 142.

Apesar de levantar os óbices constitucionais acima, Ferreira Filho, em suas observações finais, não se posiciona claramente pela inconstitucionalidade do exercício da função normativa pelas agências reguladoras, pautando sua conclusão mais no aspecto da eficácia do instrumento e nas suas dúvidas quanto ao sucesso do modelo adotado. Após discorrer sobre os diversos óbices institucionais, assim coloca:

Ora, tudo isso tende a valorizar aspectos formalísticos em detrimento da flexibilização de atuação que se espera das agências. Ou, mesmo, da concretização das metas a elas propostas. Entretanto, se a inovação terá êxito, é muito cedo para julgar. É preciso, contudo – insista-se –, esperar a experiência, para formular uma apreciação objetiva acerca de seus méritos e deméritos.⁶⁴¹

Depreende-se, pois, que para Manoel Gonçalves os óbices teóricos devem dar lugar à práxis e às questões de ordem pragmática, havendo, pois, que se aguardar os resultados da experiência empírica para a posterior adaptação da tese acadêmica.

Luiz Roberto Barroso, ao comentar o tema, adere à tese de que “é vedada a delegação de funções de um Poder a outro fora das hipóteses constitucionais”⁶⁴². O autor adotou como singelo fundamento a referência, em nota de rodapé, ao inciso I do art. 25 do ADCT da CRFB de 1988, o qual revogou “os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;”. Barroso não apresenta uma análise mais profunda sobre o tema ou mesmo uma argumentação a respeito desta questão, deixando de explicar por que uma norma de conteúdo transitório, cujos efeitos em tese teriam se esvaído com a revogação dos atos delegatórios pretéritos à Carta de 1988, implicaria numa proibição *pro futuro* a qualquer delegação de funções entre os Poderes.

Há que se observar que Barroso não adota uma posição conclusiva sobre o tema. Por um lado, ele aponta o problema da vedação de delegação das funções constitucionais e do conflito entre o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras com o princípio da legalidade; por outro ele registra a existência da tese da deslegalização de Diogo de Figueiredo (abordada no item anterior)⁶⁴³. Todavia, Barroso nem adere à tese da deslegalização, nem apresenta argumentos para refutá-la.

A seguinte passagem parece sintetizar a posição de Barroso sobre o tema:

⁶⁴¹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 143.

⁶⁴² BARROSO [2006], op. cit., p. 82-83.

⁶⁴³ Ibidem, p. 83 e 87.

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz.⁶⁴⁴

Apesar de registrar o problema, Barroso não apresenta uma proposta de quais seriam os limites por ele referidos. Ele sinaliza pela existência do conflito entre os princípios, mas admite a flexibilização das suas premissas, sem registrar claramente como seria feita esta flexibilização ou quais seriam seus limites.

Em síntese, parece-nos que os autores desta corrente não conseguiram conciliar o alegado problema teórico e os seus efeitos práticos consequentes. Assim, os autores citados registram a existência de óbices constitucionais à delegação da função normativa às agências. Contudo, não defendem explicitamente que as agências reguladoras não possam exercer a função normativa.

3.8.3. Corrente proibitiva rígida

Incluímos nesta corrente de pensamento os autores que defendem haver uma vedação ao exercício do poder normativo inovador por parte das agências reguladoras, seja ela constitucional, metajurídica, implícita ou explícita.

Também são incluídos nesta corrente os autores que limitam a função normativa da agência ao simples poder de regulamentar normas, sem lhes permitir qualquer parcela de inovação. Compreende-se como poder regulamentar o poder-dever de qualquer órgão administrativo de editar atos normativos que detalhem o cumprimento de normas de hierarquia superior⁶⁴⁵. Nesta ótica, o poder regulamentar não seria um traço exclusivo do poder regulador, mas, sim, um atributo inerente a qualquer órgão estatal.

A corrente proibitiva restritiva, portanto, não admite que as agências reguladoras detenham um poder normativo típico da função regulatória, não as diferenciando dos demais órgãos da Administração, neste ponto. Podemos incluir nesta corrente autores como Marçal Justen Filho, Sergio Varela Bruna e Gustavo Binenbojm.

Marçal Justen Filho afasta a possibilidade de edição de regulamentos autônomos, sem a presença de Lei. Para Marçal, “a ausência da edição de lei reflete uma opção do próprio

⁶⁴⁴ BARROSO [2006], op. cit., P. 83.

⁶⁴⁵ Referido por Diogo de Figueiredo como regulamentação secundária, ou seja, a que possui efeitos introversos à legislação. MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 108.

Legislativo, que não pode ser ignorada pela Administração Pública”.⁶⁴⁶ Para Marçal Filho, “não há cabimento de produzir a transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo. E tal deriva de algumas características da ordem jurídica brasileira.”⁶⁴⁷ ⁶⁴⁸ Aponte-se, todavia, que Marçal não deixa claro que características seriam estas.

De fato, Marçal rejeita a solução norte-americana das agências reguladoras ao singelo argumento que “[n]o sistema brasileiro, não é possível transferir a titularidade da competência legiferante para uma entidade integrante do Executivo”⁶⁴⁹.

Para Marçal, a adoção do modelo regulatório norte-americano demandaria “uma alteração ampla e sistêmica da Constituição”⁶⁵⁰ ⁶⁵¹. No seu ver, “a existência de um modelo regulatório poderá exigir a alteração constitucional, a qual deverá seguir as soluções formais necessárias”. O autor reputa, portanto, antijurídica a afirmação de que a adoção, pelo Brasil, do modelo regulatório teria permitido a competência do Executivo para editar regulamento autônomo⁶⁵².

De fato, o autor critica o que chama de “força normativa dos fatos”, entendendo que o Direito não deveria rever suas configurações tradicionais pela simples mudança do processo econômico-político-social. Em suas palavras, “[n]ão é possível invocar a nova realidade como forma de ignorar a disciplina normativa estrutural consagrada num diploma constitucional”⁶⁵³. Trata-se de um argumento evidentemente perigoso, pois levado às últimas consequências implicaria num Direito totalmente dissociado da realidade social e econômica, o que eventualmente acarretaria a sua esclerose, ineficácia e ilegitimidade.

Sérgio Bruna, ao tratar do tema, entende que a delegação nada mais é do que uma técnica de alargamento do poder regulamentar, não traçando qualquer distinção mais profunda entre os dois institutos⁶⁵⁴ ⁶⁵⁵. Assim, na obra de Sérgio Bruna, não há distinção evidente entre

⁶⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 495.

⁶⁴⁸ Em sentido similar: MARTINS, M., op. cit., p. 91-93.

⁶⁴⁹ JUSTEN FILHO [2002], op. cit., p. 495.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 499.

⁶⁵¹ Ao se referir às agências reguladoras, sobre a questão da rejeição por parte da doutrina nacional de institutos de origem norte-americana, Joaquim Barbosa assim registra: “O dogmatismo exacerbado, o apego a um tradicionalismo sem sentido e uma certa tendência insularizante têm levado uma parcela da doutrina brasileira a repudiar a inovação institucional materializada nas agências reguladoras. Aparentemente tal repúdio ocorre pura e simplesmente em razão da origem do instituto, isto é, o direito dos EUA.” GOMES, op. cit., p. 55.

⁶⁵² JUSTEN FILHO [2002], op. cit., p. 499.

⁶⁵³ Ibidem, p. 503.

⁶⁵⁴ BRUNA [2003], op. cit., p. 68-141.

função reguladora e poder regulamentar. A edição de atos normativos aptos a criar direito novo, independentemente da existência de lei a respeito, estaria na seara do regulamento autônomo⁶⁵⁶. Sobre o tema, assim afirma o autor: “Em nenhuma de tais hipóteses, porém, vislumbramos a existência de autorização para a edição de regulamentos autônomos em nosso regime Constitucional.”^{657 658}

O poder normativo das Agências, portanto, estaria na seara dos regulamentos autorizados, ou por delegação, que “são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo Legislativo”⁶⁵⁹. Para o autor, todavia, não seria “compatível com o nosso sistema constitucional a outorga de poderes ilimitados, pois isso deixaria à margem da legalidade o exercício dessa função normativa”⁶⁶⁰. Assim, as leis autorizadoras deveriam preestabelecer as diretrizes para o exercício dos poderes conferidos, fixando parâmetros suficientes para viabilizar o controle jurídico do exercício dos poderes atribuídos⁶⁶¹. Neste particular, Sérgio Bruna se aproxima dos autores da primeira corrente, defendendo que o exercício de atribuições normativas pelo Executivo dependeria da fixação de diretrizes pelo Legislativo (*standards*).

Gustavo Binenbojm apresenta três problemas centrais à introdução das agências reguladoras no arranjo institucional brasileiro: o óbice em relação ao princípio da legalidade; o problema do sistema de pesos e contrapesos; e o déficit democrático das agências⁶⁶².

Em relação ao princípio da legalidade, Binenbojm aponta que o mesmo serve para a proteção da liberdade dos indivíduos e para limitação da atuação da autoridade administrativa⁶⁶³. Assim, Binenbojm fundamenta seu argumento no adágio clássico de que o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto que a Administração Pública significa só fazer o que a lei prescreve^{664 665}. Binenbojm, todavia, não explica porque o velho

⁶⁵⁵ Esta também é a posição de Sérgio Guerra, o qual sustenta que a função normativa das agências reguladoras não é primária e, sim, secundária, pois a função normativa primária seria precípua do Legislativo. Todavia, ele distingue poder regulamentar de regulação, incorporando algumas noções de Diogo de Figueiredo. GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 112-123.

⁶⁵⁶ BRUNA [2003], op. cit., p. 88.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 90.

⁶⁵⁸ Concordando com a impossibilidade de edição de regulamentos autônomos ou independentes: CLÈVE, op. cit., p. 322-329.

⁶⁵⁹ BRUNA, op. cit., p. 93.

⁶⁶⁰ Ibidem, p. 140.

⁶⁶¹ Idem, p. 140.

⁶⁶² BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil in BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98-110.

⁶⁶³ Ibidem, p. 98.

⁶⁶⁴ Idem, p. 98.

adágio, concebido para um Estado tipicamente liberal, ainda seria válido para o Estado contemporâneo, nem desenvolve uma linha argumentativa para fundamentar tal posição.

Gustavo Binenbojm fundamenta sua posição nas observações de Marçal Justen Filho, já citado, e no julgamento do STF na ADI 1668, sobre o texto da Lei Geral de Telecomunicações. Assim, conclui que a competência da agência reguladora seria *regulamentar*⁶⁶⁶. Ante tais argumentos, Binenbojm rejeita a teoria da deslegalização, apresentada por Diogo de Figueiredo. Para Binenbojm, “a Constituição brasileira de 1988 estabelece taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo está autorizado a editar normas com força de lei”⁶⁶⁷.

Cumprido apontar que ao fim da análise do problema da violação ao princípio da legalidade, Binenbojm parece mitigar a sua posição ao afirmar que a dignidade da lei estaria preservada pela adoção de *standards* e parâmetros de controle externos à atividade regulatória, os quais funcionariam como “verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação”^{668 669}. Por tal passagem, cogitamos se o autor, ao final, não acabou por aceitar implicitamente a tese da delegação da função normativa que rejeitou de forma tão enfática no início de seu raciocínio. Tal ponderação se torna ainda mais pertinente, ao se verificar o fecho do tópico, nas próprias palavras de Gustavo Binenbojm: “É claro que tal preordenação legal através de *standards* não reduz a atuação das agências à mera técnica, nem exclui totalmente a possibilidade da tomada de decisões de cunho político pelos reguladores”^{670 671}.

A segunda questão levantada por Binenbojm diz respeito ao sistema de freios e contrapesos. Afirma o autor que a autonomia das agências reguladoras deve ser mitigada pelo

⁶⁶⁵ Em sentido contrário, Glauco Guerra aponta a atual “relativização da ‘verdade dogmática’ de que a Administração deve cumprir e fazer observar a lei”. Assim, defende o autor que a competência legislativa da Administração, atualmente, é mais ampla, não se restringindo à “mera execução de dispositivos legais através da regulamentação vinculada”. GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar in ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 90-92.

⁶⁶⁶ BINENBOJM [2006], op. cit., p. 99.

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 100.

⁶⁶⁸ Idem, p. 101.

⁶⁶⁹ Em sentido similar, Paulo Roberto Ferreira Motta defende que “[r]estariam, então, para as agências reguladoras, apenas e tão-somente, não inovando a ordem jurídica, editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas. Os *standards* então estariam traçados nas leis.” MOTTA, op. cit., p. 168.

⁶⁷⁰ BINENBOJM [2006], op. cit., p. 101.

⁶⁷¹ Paulo Motta adverte que não existem decisões somente técnicas. O que existem são decisões políticas, econômicas e jurídicas com fundamentação técnica. MOTTA, P., op. cit., p. 174.

controle dos Três Poderes⁶⁷². Tal observação, em si, não parece ser um verdadeiro óbice teórico à delegação do poder normativo às Agências Reguladoras, mas sim uma pré-condição defendida pelo autor para a delegação deste poder. Nas palavras do autor:

Na concepção aqui adotada, os controles políticos e jurídicos exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se apresentam como elementos essenciais para a *reconciliação* das agências independentes com o princípio da separação dos poderes e seu conteúdo democrático.⁶⁷³

Duas conclusões podem ser obtidas da passagem acima. Primeiro, que a concepção de Binenbojm sobre a separação de poderes é a de um sistema de freios e contrapesos, ou seja, na ótica de que um poder deveria conter o outro poder. A segunda conclusão é que, na opinião do autor, o modelo atual de agências independentes não estaria de acordo com este princípio, sendo necessária uma “reconciliação”. Depreende-se que esta reconciliação seria obtida pelo controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

O terceiro óbice apresentado por Binenbojm diz respeito à legitimação das agências reguladoras, ou seja, ao suposto déficit democrático destes órgãos estatais⁶⁷⁴. Este mesmo problema é levantado, entre outros, por Alexandre de Aragão e Joaquim Barbosa⁶⁷⁵. Este déficit democrático seria causado, na opinião do autor, pela “alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, [...]”^{676 677}. Para Binenbojm, o problema seria causado pelo elevado grau de “vagueza, generalidade e abstração”⁶⁷⁸ das leis que transfeririam às agências reguladoras decisões de cunho político. Para o autor, este problema seria agravado ao se excluir as agências da subordinação hierárquica ao Chefe do Poder Executivo⁶⁷⁹. Gustavo Binenbojm apresenta como solução para este suposto *déficit* a realização de um controle procedimental, através de mecanismos de participação popular, como audiências e consultas públicas, e de um processo deliberativo “aberto, informado e transparente”^{680 681}.

⁶⁷² BINENBOJM [2006], op. cit., p. 101-104.

⁶⁷³ Ibidem, p. 104.

⁶⁷⁴ Idem, p. 104-110.

⁶⁷⁵ GOMES, op. cit., p. 41-47; e ARAGÃO [2002], op. cit., p. 433-445.

⁶⁷⁶ BINENBOJM [2006], op. cit., p. 105.

⁶⁷⁷ Marçal Justen Filho ressalva que “a ausência de eleição popular para os membros das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum *déficit* democrático”. Para o autor, a mera existência da agência não implica em maior ou menor legitimidade democrática do Estado, devendo se examinar a estrutura organizacional da agência para se verificar se ela é apta a propiciar a evolução democrática. JUSTEN FILHO [2011], op. cit., p. 236-237.

⁶⁷⁸ BINENBOJM [2006], op. cit., p. 105.

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 105.

⁶⁸⁰ Idem, p. 105.

⁶⁸¹ Em sentido similar: LENNERTZ, op. cit., p. 135-145.

Cumpra apontar que os três óbices levantados por Binenbojm bem sintetizam as principais questões levantadas pela doutrina à delegação da função normativa às agências reguladoras, ainda que os argumentos apresentados pelos diversos autores sejam bastante variados.

3.8.4. Comentários às Três Correntes

Verificamos que um ponto central do debate pátrio é a possibilidade de se delegar, ou não, a função legislativa ao Executivo. Ainda que alguns autores apontem que a vedação da possibilidade de delegação se daria pelas características específicas do ordenamento jurídico brasileiro⁶⁸², o que se verifica é que este debate reproduz argumentos similares ao do debate da doutrina da não delegação do Direito norte-americano. Neste ponto, o exame dos autores brasileiros não permitiu a identificação de nenhum argumento inovador em relação ao que já era apresentado pelos críticos das agências reguladoras, nos EUA, na primeira metade do século XX. Ainda que os autores costumem enfatizar as diferenças entre os dois sistemas, verificamos que os problemas de ordem constitucional são, na verdade, bastante similares, eis que os princípios da separação de poderes, não delegação e princípio da legalidade são princípios consagrados em ambos os países⁶⁸³. Assim, não nos surpreende que os debates e discussões norte-americanos se repitam e se reproduzam na doutrina pátria.

Percebemos, ainda, que muitos dos autores das três correntes reproduzem o argumento de que o poder normativo das agências deve estar limitado por algum tipo de *standard*, ou seja, de princípio ou diretriz a ser estabelecido diretamente pelo Legislador. Esses autores sustentam ainda que o dito *standard* evitaria a arbitrariedade da agência. Esta é a reprodução da já comentada doutrina do **princípio inteligível**, usado pela Suprema Corte norte-americana na primeira metade do século XX. De se destacar que este princípio era utilizado como um argumento para não aplicar a doutrina da não delegação. Como já comentamos anteriormente, a alegação de que as Leis deveriam ter algum *standard* capaz de controlar a discricionariedade política das agências provavelmente se reduziu, na jurisprudência norte-americana, a um recurso de retórica.

A doutrina nacional adicionou e combinou ao debate norte-americano a discussão europeia acerca do poder regulamentar, retornando à antiga questão sobre a possibilidade, ou não, de edição de regulamentos autônomos no Brasil. Trata-se aqui de se requestrar uma velha

⁶⁸² Por exemplo: JUSTEN FILHO [2002], op. cit., p. 495.

⁶⁸³ Em sentido similar: OLIVEIRA, op. cit., p. 13.

discussão com novos ingredientes. Este argumento parte de uma petição de princípio, ou seja, de uma premissa falaciosa: ele adota como premissa que não existem regulamentos autônomos no Brasil. Pode-se sintetizar a lógica deste pensamento através da seguinte estrutura: a criação de atos normativos contendo normas substantivas originais caracterizaria a hipótese de regulamento autônomo; os regulamentos autônomos são vedados; logo, as agências reguladoras não podem criar normas substantivas originais. O problema escondido neste raciocínio é saber por qual razão seria vedado o uso dos regulamentos autônomos. Para se fundamentar a impossibilidade de edição de regulamentos autônomos, acaba-se retornando ao problema inicial, fazendo-se uso dos mesmos argumentos da doutrina da não delegação, separação de poderes e princípio da legalidade. Além disso, esta parte da doutrina não explica porque deveríamos tratar o poder normativo como um simples poder regulamentar.

O terceiro argumento comumente repetido é que a independência das agências não seria compatível com a acumulação de funções executivas e legislativas, gerando o problema comumente repetido como déficit de legitimidade democrática das agências. Primeiro, devemos apontar que se trata de um problema criado pela própria doutrina. Isto porque as Leis de criação das agências reguladoras não afirmam que essas agências seriam independentes ou isentas de controle político pelos demais poderes, ou de controle social. Esta afirmação igualmente não decorre da doutrina norte-americana contemporânea, que superou esta questão na década de 1970, como comentamos. Assim, foi a doutrina nacional quem concedeu o *status* para estas agências de independência em relação ao controle político e social, para, em seguida, afirmar que essa característica tornaria inconstitucional o exercício da função legislativa. Trata-se de um argumento contraditório, que pode ser descrito da seguinte forma: a agência reguladora, para exercer funções legislativas, deve ser tecnicamente independente; órgãos independentes não têm legitimidade democrática; órgãos sem legitimidade democrática não podem exercer funções legislativas; logo, as agências reguladoras não podem exercer funções legislativas. A pergunta que se coloca, portanto, é saber por que a premissa inicial deveria ser aceita. Ou seja, porque, então, afirmamos que as agências reguladoras devem estar isentas do controle político e social, se entendemos que a falta de controle democrático impede o exercício das suas atividades características?

Desenvolveremos, a seguir, a argumentação acerca das questões acima apontadas, com o objeto de apresentarmos a nossa modesta contribuição ao debate e tentarmos superar algumas das questões apontadas pela doutrina pátria.

3.9. Nossa Posição Acerca do Poder Normativo das Agências

Filiamo-nos aos autores da primeira corrente⁶⁸⁴, a qual designamos por corrente permissiva, por entendermos ser possível a delegação da função legislativa às agências reguladoras. Isto não quer dizer que subscrevemos todos os argumentos dos autores desta corrente, nem que concordamos com todos os pontos por estes apresentados. Todavia, concordamos com a premissa fundamental: a de que não há uma vedação constitucional a que o Poder Legislativo delegue parte da função legislativa a um órgão regulador⁶⁸⁵.

Todavia, não subscrevemos a teoria da atribuição de execução por *standards*⁶⁸⁶, a qual nos parece não resolver o problema teórico, particularmente considerando a vagueza de conteúdo dos *standards* legislativos. Opinamos que o Poder Legislativo é livre para estabelecer em que condições se dará esta delegação. Ele pode estabelecer diretrizes, valores, objetivos políticos, regras e princípios que norteiem a atuação da agência ou pode efetuar esta delegação em termos gerais e inespecíficos. Não é o fato da Lei conter, ou não, um “princípio inteligível” que a tornará constitucional. Isto por que ainda que a Lei não contenha nenhuma limitação, a atuação da agência reguladora sempre estará pautada pelos princípios e valores do texto constitucional, pelas demais normas do ordenamento jurídico e pela limitação das suas atribuições funcionais. Assim, ainda que o Legislativo não inclua nenhum *standard* específico na Lei de delegação, já há no texto constitucional diretrizes gerais que limitam, ainda que com margem de discricionariedade, a atuação normativa das agências. Entendemos, ainda, que o poder normativo se consubstancia em uma verdadeira delegação de função legislativa, não na mera execução da Lei.

Nesta mesma linha de raciocínio, não subscrevemos a teoria que tenta dividir a decisão política da decisão técnica, alegando que somente caberia às agências reguladoras a expedição de atos técnicos. Toda técnica é um meio para um determinado fim. Ainda que se possa verificar a racionalidade, técnica e adequação do meio usado, o fim a ser atingido é algo que depende da moral, dos valores e dos objetivos políticos. Não é, portanto, um dado

⁶⁸⁴ Alexandre de Moraes, Diogo de Figueiredo, Floriano Marques Neto e Tércio Sampaio Ferraz Junior. Deixamos de incluir Alexandre Aragão, pois este não afirma se tratar de uma delegação, mas, sim, de uma atribuição para executar os *standards* estabelecidos pela Lei. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 411.

⁶⁸⁵ Nacionais: FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 11; MARQUES NETO, op. cit., p. 108-109; MELO, M., op. cit., p. 59; MORAES, op. cit., p. 20; e MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 120. Norte-americanos: PIERCE JR, op. cit., p. 7-11 e 57-59; DAVIS, op. cit., p. 39; POSNER, E. e VERMEULLE, op. cit., p. 1761-1762; e ANDERSEN, op. cit., cap. 6, A, 1.

⁶⁸⁶ Cf. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 406-425.

demonstrável e universalizável, sendo possível de ser submetido ao debate político e democrático.

É provavelmente uma ilusão imaginar ser possível determinar que as agências reguladoras somente adotassem decisões técnicas⁶⁸⁷. As decisões técnicas embutem em si decisões políticas pré-existentes, premissas morais e valores políticos. Opinamos, portanto, que no lugar de adotarmos a ficção de que as decisões das agências deveriam ser exclusivamente técnicas, algo que possivelmente seria inviável⁶⁸⁸, parece ser recomendável assumirmos que as agências reguladoras também tomam decisões políticas, ainda que, preponderantemente, estas decisões sejam tomadas por especialistas com maior conhecimento técnico e maior volume de informações do assunto a ser regulado. Em razão da possibilidade de essas agências tomarem decisões que tenham conteúdo político, devem estar submetidas a algum tipo de controle político e social. A questão é a obtenção do ponto de equilíbrio: nem deve o controle político ser tão intenso que anule a atuação da agência, inviabilizando o exercício da delegação que lhe foi atribuída; nem tão ausente a ponto de permitir uma ditadura tecnocrática.

Apontamos, ainda, que não subscrevemos a tese da deslegalização. Entendemos que a deslegalização explícita nada mais é do que a própria delegação da função legislativa, sendo a diferença mais semântica do que de conteúdo. Estabelecida a premissa de que aceitamos a delegação da função legislativa, entendemos não ser necessária a adesão à teoria da deslegalização.

Igualmente entendemos que o poder normativo e o poder regulamentar não são sinônimos, sendo institutos diversos, ainda que possuam pontos de contato. Assim, não podemos aplicar ao poder normativo a teoria da regulamentação. A questão é saber, portanto, se é ou não constitucional o exercício do poder normativo. A solução para esta indagação não passa pela discussão do poder regulamentar.

Estabelecidas as premissas iniciais da nossa posição, passaremos a explorar as discussões específicas trazidas pela doutrina.

⁶⁸⁷ Sobre a dificuldade de se separar a regulação da política: ALVEAL, op cit., p. 15-17.

⁶⁸⁸ Neste sentido, MOTTA, op. cit., p. 174-177.

3.9.1. Teoria da Não Delegação

Como vimos, um dos argumentos apontados por aqueles que defendem a doutrina da não delegação é que somente a Constituição Federal poderia autorizar a delegação entre os Poderes. Assim, para estes autores, como a Constituição não teria previsto a delegação da função legislativa para as agências reguladoras, tal medida seria inconstitucional. Não aceitamos nenhuma destas duas premissas. Primeiro, porque a Constituição previu a delegação da função legislativa aos órgãos reguladores. Segundo, porque esta delegação não precisa constar do texto constitucional, bastando que a Constituição não a proíba.

Vejamos o que diz o artigo 174 da Constituição da República de 1988:

Art. 174. Como **agente normativo e regulador** da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as **funções de fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [*grifos nossos*]

Este artigo já foi comentado no início deste capítulo, mas é salutar uma complementação. Devemos apontar que o artigo 174 faz parte do título da ordem econômica e financeira e aponta uma das formas pelas quais o Estado pode intervir na atividade econômica. Verificamos que a Constituição expressamente previu a atuação do Estado como agente regulador. Pelo texto constitucional, ao atuar como agente regulador, o Estado acumularia, em si, funções executivas - fiscalização, incentivo e planejamento - e funções normativas.

A possibilidade, portanto, do Estado atuar como agente regulador e acumular, nesta condição, funções executivas e legislativas (chamadas pela Constituição de normativas) é prevista diretamente pelo próprio texto constitucional. A Constituição não previu, todavia, quais seriam os órgãos que atuariam como agente regulador, tarefa deixada para a legislação ordinária. Sem dúvida, tal tarefa poderia ter sido exercida por órgãos centralizados ou por autarquias, no sentido clássico. Quis a legislação infraconstitucional que estas funções fossem exercidas por agências reguladoras, que foi o modelo institucional adotado na década de 1990. Todavia, nada impede que a legislação atribua a outros órgãos tal função, não sendo este o único modelo possível. Inclusive, esses agentes reguladores poderiam ser vinculados tanto ao Executivo, como é o caso das agências reguladoras já existentes, como ao próprio Legislativo. A previsão constitucional foi pela possibilidade de acumulação das duas funções, sem ter sido especificado qual Poder do Estado a exerceria.

De se destacar que a supracitada redação do artigo 174 faz parte do texto constitucional originário, razão pela qual nem mesmo em tese poderíamos questionar a sua constitucionalidade. Assim, se a própria Constituição da República de 1988, em redação originária, previu expressamente a possibilidade de o Estado intervir na atividade econômica como agente regulador, e considerando que a própria Carta constitucional expressamente previu que, nestes casos, o Estado poderia exercer funções normativas e executivas, opinamos que a tese da vedação à delegação é insustentável. Não só o texto constitucional não proíbe a delegação da função legislativa, mas expressamente admite que agentes reguladores estatais acumulem as duas funções. Claro, todavia, que cabe ao Legislativo autorizar a criação de órgãos reguladores, ocasião na qual ele poderá limitar, ou não, o escopo do exercício da função legislativa.

Por outro lado, ainda que o texto constitucional não tivesse autorizado expressamente a reunião de funções normativas e executivas num mesmo agente regulador estatal, ainda assim isto não implicaria numa vedação à delegação. O texto constitucional não define, e nem deveria definir, todo o arranjo institucional estatal. A Constituição somente precisa definir as linhas gerais do Estado. O detalhamento da máquina administrativa pode ser feito pela legislação ou, no caso do Executivo, até mesmo por decreto (alínea “a” do inciso VI do art. 84 da CRFB/88). Admitir a hipótese contrária é defender o engessamento da máquina estatal, não viabilizando os naturais ajustes que devem ser feitos para atualizar o texto constitucional às mudanças sociais e econômicas.

Assim, o chefe do poder Executivo e o legislador ordinário podem propor novos arranjos estatais que sejam compatíveis com seus programas políticos, desde que tais alterações não sejam proibidas pelo texto constitucional. Não havendo uma limitação constitucional explícita, não há motivos para que os representantes democraticamente eleitos não possam propor novos arranjos institucionais para o Estado. Admitir a hipótese contrária é dizer que, numa democracia⁶⁸⁹, o povo não teria o Direito de se autodeterminar e de escolher a forma de Estado que entende apropriada. Por tal razão, somente admitiríamos qualquer vedação à delegação de uma função de um Poder para outro se houvesse algum artigo constitucional expresse vedando tal delegação. Todavia, tal vedação não consta do nosso texto constitucional.

⁶⁸⁹ Explicamos que a nossa concepção de democracia é a de “governo por discussão”, descrita por Amartya Sen. Neste contexto, a democracia estaria associada não somente ao conceito de eleição e sufrágio popular, mas à ideia de justificação pública (*public reason*) e do direito de ser ouvido. SEN, op. cit., cap. 15.

Alguns autores, como Luís Roberto Barroso⁶⁹⁰, sustentam que a vedação à delegação adviria do texto do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual ora se reproduz:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

[...]

A resposta para este questionamento é a própria localização do artigo 25 dentro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ou seja, não se trata de uma regra definitiva, que veda a delegação *pro futuro*, mas transitória, revogando as delegações anteriores. Passado o prazo previsto no seu texto, ou seja, 180 dias da promulgação da Constituição, o dispositivo teve seus efeitos exauridos, não representando uma vedação a que se editem novos atos de delegação.

Certamente um questionamento que se faria é que não teria sentido que a Constituição revogasse os atos de delegação anteriores, mas permitisse novos atos. Para entendermos tal circunstância, temos que lembrar que a Constituição foi elaborada num processo de redemocratização. Ou seja, os atos de delegação que se pretendia revogar referiam-se a delegações formadas na vigência de um regime de exceção, que foi o governo militar. O provável foco deste artigo era a revogação destes atos específicos, anteriores à redemocratização, eis que adotados por um Parlamento que não era democrático. Esta é a possível lógica da previsão de transitoriedade desta regra. Temos, portanto, que esta regra, por ser transitória, não veda a que o Parlamento formado após a Constituição de 1988 delegue funções legislativas a órgãos do Executivo, como efetivamente o fez, podendo, a qualquer momento, sempre que entender necessário, revogar o ato de delegação.

Particularmente nos alinhamos aos autores norte-americanos, concordando que a teoria da não delegação é provavelmente um anacronismo. Trata-se de uma premissa estabelecida para um Estado absolutista, no qual era necessário conter a autoridade do governante e reafirmar a autoridade do parlamento. Todavia, como se verifica pelo exame da doutrina

⁶⁹⁰ BARROSO [2006], op. cit., p. 82-83.

norte-americana, não é viável a aplicação desta doutrina a um Estado democrático contemporâneo, particularmente quando se exige que este Estado intervenha na economia e garanta prestações sociais positivas. Entendemos, portanto, que a teoria da não delegação pode ter sido, num dado momento histórico, apropriada para a formação do Estado liberal. Todavia, ela não se mostra adequada a um Estado contemporâneo.

Provavelmente, a teoria da não delegação persiste no imaginário da nossa doutrina não por uma suposta previsão do texto constitucional atual, mas pela reprodução do discurso dos autores liberais do século XVII e XVIII, como John Locke. De fato, Locke apresentou uma teoria de vedação à delegação da função legislativa no capítulo XI do seu *Segundo Tratado*. Para Locke, o estabelecimento do poder legislativo (*legislative power*) seria a primeira e fundamental lei a ser positivada numa comunidade (*commonwealth*)⁶⁹¹. Para o autor, o legislativo não só seria o poder supremo dentro da comunidade, como também não poderia ser alterado, no sentido que não poderia ser exercido por outro órgão que não aquele indicado pela comunidade⁶⁹². Esta regra pode ser resumida pela seguinte máxima de Locke: “O legislativo não deve nem pode transferir o poder de fazer leis para qualquer outra pessoa, ou depositá-lo em outro lugar, que não aonde o povo tenha feito.”⁶⁹³

O que se verifica é que a doutrina da não delegação é uma mera reprodução de premissas antiquadas⁶⁹⁴, estabelecidas para um Estado não democrático, que não possui a mesma complexidade dos Estados contemporâneos. Há, hoje, formas mais adequadas para se evitar a arbitrariedade do Estado, como, por exemplo, pelo controle judicial e pelos instrumentos democráticos. Como já comentamos amplamente, o contexto fático no qual viviam os autores liberais era radicalmente distinto do contexto atual; logo, há que se repensar as premissas estabelecidas pelos mesmos.

Todavia, ainda que defendamos que as ideias de Locke não devam ser consideradas como dogmas, é interessante notar que mesmo Locke admitia que o Executivo exercesse funções legislativas. De fato, ele dedicou todo um capítulo do *Segundo Tratado* a esta questão⁶⁹⁵. Para Locke, nos governos onde as funções legislativa e executiva estivessem situadas em órgãos distintos, muitos assuntos devem ser resolvidos pelo Executivo, ao qual

⁶⁹¹ LOCKE, op. cit., seção 134.

⁶⁹² Ibidem, seção 134.

⁶⁹³ “The legislative neither must nor can transfer the power of making laws to anybody else, or place it anywhere, but where the people have.” LOCKE, op. cit., seção 142.

⁶⁹⁴ Diogo de Figueiredo e Alexandre de Moraes registram a influência do pensamento lockiano na teoria da não delegação: MOREIRA NETO [2003], op. cit., p. 119; MORAES, op. cit., p. 13-17.

⁶⁹⁵ LOCKE, op. cit., cap. XIV.

deveria ser concedida certa dose de discricionariedade. Assim, para o autor, seria prudente que várias questões fossem deixadas para serem decididas pelo órgão que detivesse o poder executivo⁶⁹⁶.

Tal posição é justificada por Locke pelos seguintes argumentos: o legislador não poderia prever e regular por Leis todas as questões relevantes para a sociedade; não seria possível regular por Lei todos os acidentes e todas as necessidades da sociedade; o poder de fazer leis nem sempre estaria presente e seria lento demais para resolver determinados assuntos; e que a aplicação inflexível e rigorosa das leis, em todos os casos e a todas as pessoas, poderia ser prejudicial, sendo a sua mitigação necessária, em alguns casos, para a preservação dos membros da sociedade^{697 698}.

Este poder é designado por Locke como “prerrogativa” (*prerogative*), que seria o poder do governo de agir de forma discricionária para o bem comum sem a previsão da Lei e mesmo de forma contrária a ela⁶⁹⁹. Na concepção de Locke, “prerrogativa não é nada além do poder de fazer o bem comum sem uma norma”⁷⁰⁰.

Verificamos, portanto, que nem mesmo Locke, no momento histórico do ápice da defesa do Estado liberal, defendeu que o Executivo não poderia editar normas. O que se pode constatar é que a teoria da não delegação foi uma falácia desde a sua origem, não tendo sido seguida nem mesmo nos países anglo saxões, origem da doutrina. O próprio Locke, se por um lado defendia a não delegação, por outro admitia que o Executivo teria discricionariedade para flexibilizar o texto legal e mesmo agir de forma contrária à Lei. Esta provavelmente é a gênese da doutrina da não delegação norte-americana, a qual vedava a delegação da função legislativa, mas entendia que o Legislativo poderia conceder a autoridade para o Executivo criar normas, hipótese que, nesta visão, não seria uma delegação, mas um exercício de autoridade. Como já registramos, entendemos que esta posição se trata de um simples jogo de palavras, utilizado somente para sustentar uma premissa política cuja aplicação prática, provavelmente, seria inviável.

⁶⁹⁶ LOCKE, op. cit., seção 159.

⁶⁹⁷ Ibidem, seção 159-160.

⁶⁹⁸ Como registra Alexandre de Moraes, na própria Grã-Bretanha, berço da teoria, a premissa lockiana de não delegação foi mitigada. MORAES, op. cit., p. 17.

⁶⁹⁹ LOCKE, op. cit., seção 160.

⁷⁰⁰ Ibidem, seção 166. “[...] prerogative is nothing but the power of doing public good without a rule”. Tradução nossa.

Desta forma, entendemos, em síntese, que a Constituição brasileira expressamente previu a possibilidade de se criar agentes reguladores para intervir na atividade econômica, os quais podem acumular o exercício de funções executivas e normativas. Registramos, ainda, que não há no texto constitucional vigente uma regra que vede a delegação de funções entre os Poderes. Por outro lado, entendemos que a doutrina da não delegação é um anacronismo, incompatível com o Estado contemporâneo, a qual foi relativizada desde a sua origem. A teoria teve origem anglo-saxã e acabou sendo difundida pelos autores norte-americanos da primeira metade do século XX, tendo sido questionada nos EUA a partir da década de 1970⁷⁰¹. Tampouco nos EUA a referida doutrina teve aplicação prática, tratando-se mais de um instrumento de retórica, como já comentamos ao tratar da doutrina norte-americana. Por todos estes motivos, entendemos ser possível que o Poder Legislativo delegue, por Lei, a função normativa para as agências reguladoras, não havendo motivo para interpretarmos que tal delegação seria inconstitucional.

3.9.2. Separação de Poderes

Já analisamos com profundidade a teoria da separação de poderes no capítulo anterior. Como já comentamos, há diversas formas de se interpretar este princípio. Os próprios constituintes norte-americanos, se por um lado concordavam de forma praticamente unânime com o princípio em si, não conseguiram chegar a um consenso sobre qual seria a consequência prática do cumprimento da separação dos poderes⁷⁰². Por tal motivo, a carta constitucional norte-americana não possui uma norma explícita que trate da separação entre os poderes.

Filiamo-nos à posição de que o princípio da separação de poderes deve ser interpretado como garantia dos *checks and balances* (freios e contrapesos), interpretação que segue a tradição norte-americana, já comentada. Não há que se falar em exercício exclusivo de funções pelos Poderes no arranjo institucional previsto pelo nosso texto constitucional. Uma simples leitura da Constituição nacional já permite se constatar que o Executivo já participa intensamente da função legislativa. Citamos, como exemplo, o veto presidencial (art. 66, §1º⁷⁰³), a iniciativa exclusiva de determinados projetos de Lei (art. 61, §1º), a possibilidade de edição de decretos autônomos (art. 84, VI), as leis delegadas (art. 68) e a edição de medidas provisórias (art. 62). A nossa Constituição admite, também, que o Poder

⁷⁰¹ POSNER, E. e VERMEULLE, op. cit.

⁷⁰² CASPER, op. cit., p. 211-261.

⁷⁰³ Todos os artigos citados neste parágrafo se referem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Legislativo exerça funções judiciárias, como é o caso do *impeachment* (art. 86) e do julgamento dos crimes de responsabilidade (art. 51, I e II); e que exerça funções executivas, como é o caso das investigações a cargo das CPIs - Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º), as quais se consubstanciam em verdadeiras investigações policiais. A Constituição também admite que o Judiciário exerça funções executivas, como é o caso das decisões administrativas dos seus concursos e licitações (art. 93, X); a Constituição admite ainda que o Judiciário exerça funções legislativas, como é o caso da edição dos regimentos dos tribunais (art. 96, I, “a”), verdadeiras leis processuais; e da iniciativa de Lei para o estatuto da magistratura (art. 93, *caput*). São tantos os exemplos que sequer podemos dizer que são excepcionais. Assim, o modelo constitucional nacional privilegiou não o exercício exclusivo de determinadas funções, mas, sim, a divisão das funções por diversos poderes. Cada Poder exerce, portanto, funções próprias e impróprias, não havendo a exclusividade no exercício de nenhuma das funções.

Considerando que o sistema constitucional pátrio optou pela divisão de funções pelos diversos Poderes, como, por sinal, ocorre no sistema norte-americano, para ficarmos apenas com um exemplo, daí se extrai duas importantes conclusões. Primeiro, que não podemos falar em independência absoluta das agências reguladoras, pois estas devem estar submetidas ao sistema de freios e contrapesos. Segundo, que é compatível com o sistema constitucional em vigor que um determinado órgão exerça não só a sua função própria do Poder ao qual está vinculado, como acumule em si o exercício de outras funções impróprias, como ocorre nos diversos exemplos acima descritos. Neste sentido, nenhuma novidade há no fato de as agências reguladoras acumularem, em si, funções executivas e legislativas, pois diversos outros órgãos do arranjo estatal brasileiro já acumulam, em si, mais de uma função.

A característica que gera estranheza é a independência da agência reguladora. Note-se que o sistema constitucional, como regra, prevê que o exercício de determinada função deve poder ser contraposto pelos demais Poderes, de forma a se evitar o exercício abusivo do poder. Assim ocorre, por exemplo, na edição de medidas provisórias. Apesar de o Presidente poder editar medidas provisórias, com *status* semelhante a uma Lei, o Congresso pode rejeitá-las. A Administração pode efetuar julgamentos administrativos, mas estes podem ser sempre submetidos ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CRFB/88).

Há, portanto, uma lógica no sistema constitucional. Por um lado, ele permite que cada uma das funções seja exercida por todos os Poderes. Todavia, há funções próprias e

impróprias. A **função própria** é aquela tipicamente vinculada ao Poder, ainda que não exclusiva. Por exemplo, a função própria do Legislativo é a função legislativa, e por aí em diante. Quando um Poder exerce uma função que é própria de outro Poder, ele está no exercício de uma **função imprópria**. Segundo a lógica do sistema constitucional em vigor, o exercício da função imprópria, como regra, é submetido ao controle do Poder que exerce a função própria. Assim, é da lógica do sistema que o exercício da função legislativa pela agência reguladora seja submetido ao controle político do Poder Legislativo, o qual sempre poderá legislar em sentido contrário ao estabelecido pela agência. Claro que, neste caso, salvo nos casos da Lei parlamentar ser inconstitucional, prevalecerá a Lei editada pela Casa Legislativa. Verifica-se, portanto, que há, e deve haver, um controle político das agências, a ser exercido pelo Parlamento, o qual pode definir diretrizes e regras para limitar a atuação da agência, podendo, inclusive, em última instância, extinguir a delegação da função legislativa.

Além disso, como todo e qualquer órgão componente do Estado, na medida em que os atos das agências alegadamente causem lesão ao direito de terceiros, ela está submetida ao controle judicial, como todo e qualquer órgão público. Neste sentido, já poderíamos afirmar que a agência não é, em si, um órgão absolutamente independente, eis que seus atos já são controlados politicamente, pelo Parlamento, e judicialmente, pelos órgãos do Poder Judiciário. Tais medidas, por si só, já compatibilizam o instituto das agências reguladoras com o sistema de freios e contrapesos.

A questão mais delicada diz respeito ao controle político por parte do Presidente da República. O sistema de freios e contrapesos prevê o controle de um poder pelo outro. Mas seria uma decorrência natural o controle do órgão pelo chefe do próprio poder? Entendemos que a questão, aqui, não é de necessidade de autocontenção, ou seja, de contenção de um Poder pelo próprio Poder, mas, sim, de se garantir o controle democrático. Isto porque, no modelo político que adotamos, o Presidente é a figura democraticamente responsável por todos os atos do Executivo (*accountability*). Se as agências reguladoras estivessem totalmente dissociadas do controle presidencial, haveria uma séria limitação à capacidade da sociedade efetuar um controle democrático dos seus atos, pois o Chefe do Executivo, agente político democraticamente eleito, sempre poderia alegar que nada poderia fazer para cumprir as aspirações políticas da sociedade. A interpretação que compatibiliza as agências reguladoras com o sistema democrático é a que permite que o Chefe do Executivo efetue, em algum grau, o controle político dessas agências. A interpretação em sentido contrário leva ao resultado absurdo de que órgãos sem controle político, não eleitos pelo povo e sem necessidade de se

justificar publicamente, possam editar atos normativos que obriguem a toda à sociedade, sem a possibilidade da sociedade poder rever politicamente, debater ou questionar estas posições. Se a interpretação leva a um resultado absurdo, o equívoco não é do instituto, e, sim, do intérprete. Logo, esta interpretação deve ser descartada.

Não queremos, todavia, dizer que as agências não possuam algum grau de independência. Por sinal, toda autarquia possui algum grau de independência. No caso das agências, a característica mais marcante é a impossibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes, ou seja, de exoneração por motivos exclusivamente políticos. Há, e deve haver, algum grau de independência, para que as agências possam decidir de forma rápida, com conhecimento especializado, sobre assuntos afetos à atividade econômica, sem a necessidade de ter que esperar pela formação de consensos políticos. Apenas o que defendemos é que esta independência não é absoluta e, portanto, não afasta a possibilidade de que o Chefe do Executivo possa exercer algum tipo de controle político sobre a agência. Essa conclusão é similar a de Amartya Sen, o qual, ao analisar o excesso de poder do Executivo norte-americano, aponta a necessidade de um poder de compensação (*countervailing power*)⁷⁰⁴.

São várias as formas pelas quais o Chefe do Executivo pode influenciar politicamente as agências reguladoras. A mais evidente é pela nomeação de seus dirigentes. Mas há outras. Primeiro, o Executivo possui o controle orçamentário, podendo privilegiar com recursos financeiros os projetos que estejam alinhados com a política governamental. Segundo, ele tem autonomia para organizar institucionalmente o Executivo, podendo criar arranjos institucionais que sejam mais favoráveis às políticas públicas defendidas pelo governo. Em terceiro, ele pode editar medidas provisórias que desautorizem determinada regulação editada pela agência. Em quarto, ele pode usar de sua influência pessoal e política para influenciar os dirigentes a atuar de forma direcionada aos objetivos políticos do governo.

Note-se que, nestes casos, o controle feito pelo Chefe do Executivo não é propriamente um controle hierárquico e, sim, um controle negociado, havendo um delicado equilíbrio de poder entre a Chefia do Executivo e a Direção da Agência. Poderíamos, num primeiro momento, achar que isso seria uma ingerência política indesejável. Ocorre que esta é uma forma eficiente de controle social. Claro que o Chefe do Executivo terá a noção de que, ao interferir na atuação da agência, sempre haverá o risco de um ônus político, pois poderá ser questionado pela mídia, pelo Judiciário, pelas empresas reguladas e por representantes da

⁷⁰⁴ Cf. SEN, op. cit., p. 81-82.

sociedade civil organizada. Esta tensão - e possibilidade de desgaste político - é que assegura que eventual intervenção do Chefe do Executivo buscará um consenso mínimo, para obtenção do apoio da maior parte da sociedade, e se restringirá às hipóteses em que a intervenção política se mostre absolutamente necessária.

Opinamos, ainda, que a relativização do conceito de independência das agências dificulta a captura das agências reguladoras pelos agentes regulados, evitando a criação de ilhas de poder dentro da Administração. Permitir que as agências sejam absolutamente independentes acabaria diminuindo a necessidade da agência de justificar publicamente a sua atuação, o que dificulta a fiscalização social e facilita que as mesmas sejam capturadas pelos agentes regulados. Por tal motivo, entendemos que eventual independência das agências reguladoras deve ser sempre interpretada com ponderação.

Por outro lado, assegurar um certo grau de independência às agências é uma forma de se conter a autoridade do Chefe do Executivo e de seus Ministros, forçando-os a vir a público para explicar eventual intervenção ou ingerência num ato regulatório. Esta parcial independência permite, inclusive, que em alguns casos a agência se contraponha politicamente a determinadas decisões do governo e busque a angariar o apoio da opinião pública e de outros atores do processo político, tornando mais democrático e transparente o debate sobre as políticas públicas a cargo da agência. Neste contexto, as agências reguladoras são uma forma de se estabelecer um sistema de freios e contrapesos dentro do próprio Executivo.

O que pretendemos apontar é que as agências reguladoras, embora possuam uma relativa independência em relação ao controle do Chefe do Executivo, ainda assim se submetem ao controle judicial; ao controle político do Parlamento e, em certo grau, à influência do próprio Chefe do Poder Executivo. Desta forma, entendendo-se o princípio da separação de poderes como o controle recíproco entre os poderes, num sistema de freios e contrapesos, compreendemos que as agências reguladoras são plenamente compatíveis com o sistema constitucional, pois podem ser efetivamente controladas pelos três Poderes.

3.9.3. Do Problema do Conceito de Delegação por *Standards*

Não subscrevemos a posição de alguns autores da primeira corrente, que apontam que a delegação da função normativa seria exclusivamente técnica. Para estes autores, as decisões

políticas seriam tomadas através do sistema de *standards*⁷⁰⁵. Nesta visão, a Lei de delegação fixaria os chamados *standards*, consubstanciado em diretrizes e valores políticos, cabendo tão somente às agências decidir sobre os aspectos técnicos. Entendemos que este pensamento possui, em si, uma ficção, a qual supõe que as decisões técnicas podem ser dissociadas da política.

Primeiramente, temos que apontar que a delegação por *standards* nada mais é do que a reprodução do “princípio inteligível”, utilizado pela Suprema Corte norte-americana no início do século XX. Esta teoria era utilizada para se evitar a aplicação da doutrina da não delegação. Entendia a Suprema Corte norte-americana que se a Lei que autorizava a agência a editar atos normativos possuía algum princípio inteligível que fosse capaz de diminuir a discricionariedade da agência, então não haveria uma delegação e, sim, uma simples autorização para o exercício de uma atribuição legal. Todavia, se a Lei não fixasse essas diretrizes, haveria uma delegação da função legislativa, tornando a Lei inconstitucional. Como comentamos, em quase cem anos de uso da desta doutrina, a Suprema Corte norte-americana nunca conseguiu produzir uma teoria consistente que pudesse efetivamente verificar se a Lei teria ou não concedido uma discricionariedade excessiva para a agência. O seu uso restringiu-se a uma mera ferramenta para a não aplicação da teoria da não delegação, como acima exposto.

A partir do momento em que já admitimos que o Parlamento pode delegar as funções legislativas às agências reguladoras, a necessidade de fixação de um *standard* torna-se irrelevante. Primeiro, por que ainda que a Lei não fixe qualquer diretriz ou princípio, a agência já está limitada pelo próprio texto constitucional, o qual já contém regras e valores que norteiam qualquer atividade estatal. Assim, essa discricionariedade excessivamente ampla, na prática, jamais existirá. Em segundo lugar, ainda que o Parlamento não limite, num primeiro momento, a atividade normativa da agência, isto não implica numa abdicação do seu controle, pois ele pode a qualquer tempo, ao verificar que a agência excedeu à sua delegação, aprovar um ato normativo que limite os poderes da agência ou que discipline determinada matéria de forma diversa à regulação julgada inadequada.

Temos que estabelecer, ainda, que o que se convencionou chamar de *standard* nada mais é do que a expressão inglesa para o que a doutrina pátria chama de princípios. Assim, segundo esta linha de pensamento, o fato de a Lei estabelecer princípios para o exercício da

⁷⁰⁵ Como, por exemplo, Alexandre de Aragão. ARAGÃO [2002], op. cit., p. 406-425.

atividade normativa evitaria que as agências tomassem decisões políticas. De plano, temos que considerar o problema da diferenciação de princípios, regras e cláusulas gerais⁷⁰⁶. Não vemos qualquer vedação a que o Parlamento limite a atuação da agência por princípios, regras ou cláusulas gerais, sendo a opção por um dos modelos uma questão de técnica legislativa. Não será a opção por um ou por outro modelo que tornará a Lei inconstitucional.

Compreendemos que o que a doutrina quer expressar ao dizer que o Parlamento deve fixar os *standards* (princípios) é que a Lei deve estabelecer normas enunciadas não no sentido descritivo ou casuístico, mas, sim, composta por palavras em sentido avaliatório⁷⁰⁷. Explicando melhor esta questão, uma norma enunciada no sentido descritivo possui, em si, uma exposição clara de uma conduta a ser realizada, cujo sentido semântico pode ser estabilizado. Ou seja, trata-se de uma norma cujo conteúdo pode ser determinado de forma menos problemática. Os *standards*, por sua vez, são normas que não são enunciadas em sentido descritivo, e, portanto, a conduta esperada não está claramente descrita. A razão para esta indefinição é que se o Parlamento tivesse que tratar casuisticamente sobre a conduta a ser adotada pela agência e pelas empresas reguladas, de fato não seria necessária a delegação normativa, pois o conteúdo da conduta seria fixado diretamente pela Lei.

Pela teoria dos *standards*, ao fixar as atribuições das agências reguladoras, o Parlamento estabeleceria normas que possuem palavras em sentido avaliatório, ou seja, cuja significação admite uma maior gama de opções interpretativas. Tomando, por exemplo, a Lei de criação da ANATEL (Lei nº 9.472/97), uma ilustração de *standard* utilizado pelo Parlamento é o previsto no inciso I do art. 2º: “O Poder Público tem o dever de: [...] I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a **tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;**” [grifamos].

Verifica-se no exemplo dado que não está clara qual a conduta específica a ser estabelecida para o cumprimento da norma. Primeiramente, o que seriam “tarifas e preços razoáveis”? E segundo, o que seriam as “condições adequadas” para este acesso? No caso, o que se verifica é que o texto legal, de forma deliberada, não quis delimitar a conduta específica a ser adotada, delegando à agência reguladora a tarefa de dar sentido prático ao comando genérico. Utilizando-se da classificação de Roberto Freitas Filho, trata-se de uma norma aberta, de uma metarregra, cujo sentido descritivo ainda está por ser formulado. Há a

⁷⁰⁶ Sobre o tema, cf. FREITAS FILHO [2009], op. cit., p. 191-318.

⁷⁰⁷ Ibidem, p. 313

necessidade, portanto, de se formular um juízo de valor sobre o sentido da expressão. Assim, no exemplo da ANATEL, para verificar qual a conduta a ser adotada concretamente, a Agência teria que fazer um juízo de valor sobre quais são as tarifas e preços razoáveis e quais seriam as condições adequadas para o serviço de telefonia. Por terem a função de expressar um juízo, o significado destes termos não é universalizável, nem pode ser semanticamente estabilizado.

Fazemos este breve apanhado não para criticar a técnica legislativa de delegação com fixação de princípios (*standards*). Esta é uma técnica adequada de delegação, nos casos em que a legislação não tem como definir de forma casuística a conduta a ser desempenhada. No nosso exemplo, considerando as constantes inovações das telecomunicações e da informática, uma Lei que fixasse como deveria se prestar determinado serviço de telecomunicações ou qual deve ser o preço cobrado por tal serviço estaria destinada a nascer obsoleta, pois tais questões podem ter grande variação no tempo, além de exigirem elevado conhecimento técnico para serem enunciadas de forma descritiva e casuística.

Todavia, a questão que queremos destacar é que não será a fixação de princípios (*standards*) que garantirá que as agências somente adotarão decisões de caráter exclusivamente técnico. Ao formular um juízo sobre as palavras avaliatórias, ou seja, ao definir conceitos como os do nosso exemplo, decidindo quais são as condições adequadas para a prestação de serviços de telecomunicação e quais são os preços razoáveis, a agência terá que adotar decisões políticas. Por exemplo, ela deve questionar se deve priorizar os requisitos de qualidade do serviço, o que certamente onerará os custos para o consumidor, ou se deve aceitar um serviço mais simples, mas que seja financeiramente acessível a um maior número de pessoas. Ainda que as soluções a serem desenvolvidas tenham um conteúdo técnico, a definição do objetivo a ser atingido necessariamente passa por algum juízo político. A decisão da agência quanto à conduta que deve ser concretamente adotada para o cumprimento do princípio estabelecido pela Lei gerará efeitos que não se restringem a questões técnicas, mas que podem verdadeiramente impactar a política pública do setor. Este mesmo problema pode ser percebido no já descrito caso Chevron, onde a agência ambiental norte-americana, ao definir o que seria uma fonte estacionária, tomou uma decisão que alterou sensivelmente a política norte-americana de controle de emissões de poluentes.

Poder-se-ia alegar, então, que para se afastar a possibilidade de as agências reguladoras adotarem decisões políticas, caberia ao Legislativo definir de forma descritiva as

regras do setor. Primeiramente, temos que considerar que o Direito, em sua dimensão normativa, é descrito em uma linguagem natural, a qual necessariamente pressupõe um processo interpretativo para a atribuição de seu significado. O Direito não pode ser descrito numa linguagem lógica ou matemática e, por tal razão, não é possível o controle absoluto sobre o resultado do processo de interpretação e da sua efetiva aplicação⁷⁰⁸. Assim, ainda que o Parlamento pretendesse especificar da forma mais detalhada e precisa a política a ser realizada pela agência, a sua efetiva aplicação ainda demandaria algum exercício interpretativo, o qual necessariamente envolve juízos políticos e valores morais.

Em segundo lugar, ainda que se entendesse ser possível que a legislação descrevesse perfeitamente as condutas a serem desenvolvidas em todas as situações, o que entendemos ser provavelmente inviável, tal opção retiraria totalmente o sentido de existência de uma agência regulatória. A agência existe precisamente por que o Parlamento entende não ser possível que a legislação defina de forma casuística e integral todas as questões relativas à determinada atividade econômica, particularmente quando consideramos a constante evolução tecnológica que se propõe que estes setores tenham. Ademais, uma legislação com tal nível de detalhamento dificilmente conseguiria formar o consenso político que seria necessário para a sua aprovação.

Desta forma, entendemos ser ilusória a pretensão de que as agências reguladoras somente tomarão decisões técnicas. Fatalmente o exercício da atividade regulatória pressupõe algum nível de decisão política. A diferença é que, neste caso, a decisão política será tomada por uma tecnocracia, ou seja, por pessoal técnico e especializado que supostamente compreende melhor a forma de funcionamento de determinado setor econômico regulado. Mas o fato da decisão ser tomada por técnicos não quer dizer que a escolha será exclusivamente técnica. E é natural que assim o seja. Por tal motivo, as decisões tomadas pela agência devem ser submetidas aos controles externos já comentados, tanto por parte da sociedade como dos demais agentes políticos. O que se espera não é que eventual decisão seja exclusivamente técnica, mas que a decisão seja tomada levando em consideração o conhecimento técnico disponível. Em síntese, a questão não é evitar que a agência tome decisões políticas, mas, sim, se prevenir que estas decisões sejam arbitrárias.

⁷⁰⁸ FREITAS FILHO [2009], op. cit., p. 29-31.

3.9.4. Diferença Entre Poder Regulamentar e Poder Normativo

O que designamos como poder normativo para os efeitos deste trabalho é o traço específico do Estado Regulador, através do qual se atribui às agências reguladoras o poder de criar normas substantivas (*rulemaking*), criando obrigações, direitos e sanções que não foram expressamente previstos pela legislação. Essas normas possuem a mesma natureza jurídica de uma norma legal, pois elaboradas no exercício da função legislativa. Gozam do mesmo *status* de uma Lei, apenas tendo hierarquia inferior. Em outras palavras, não podem contrariar as normas contidas nas Leis em sentido estrito, hipótese na qual o conflito de normas se resolve pela aplicação do critério hierárquico.

A distinção reside, portanto, no aspecto criativo: o poder normativo é a capacidade de um órgão criar uma norma que, antes, não existia, ainda que tal norma seja limitada a outras normas de hierarquia superior e aos princípios e regras do respectivo ordenamento jurídico. O poder regulamentar, por outro lado, não implica na criação de normas. Ele pressupõe a existência de uma legislação, permitindo ao executor tão somente o detalhamento da norma já criada, sem admitir que o ato regulamentar crie uma obrigação inovadora. Utilizando a terminologia da doutrina tradicional⁷⁰⁹, o poder regulamentar se presta a edição de atos normativos secundários, enquanto que o poder normativo possibilita a edição de atos normativos primários. A atividade normativa decorrente da delegação legislativa é atividade normativa primária. Os regulamentos, por outro lado, são característicos da atividade normativa secundária. O exercício da atividade normativa secundária independe de delegação, sendo decorrente, na verdade, da própria atribuição do órgão para o exercício da função executiva⁷¹⁰. Portanto, verificamos que o poder regulamentar é inerente a qualquer órgão do executivo. O poder normativo, por outro lado, caracteriza o exercício de uma função legislativa, de uma atividade normativa primária. São institutos jurídicos distintos. Se entendêssemos que as agências reguladoras somente exercem a função regulamentar, nenhum traço distintivo haveria em relação a todo e qualquer outro órgão da Administração Pública.

Cumpramos apontar que subscrevemos a tese de Floriano Marques, de que o exercício do poder regulamentar não é exclusivo do Presidente da República⁷¹¹. O que é privativo do Presidente é a elaboração de Decretos regulamentares. Todavia, todo e qualquer órgão público

⁷⁰⁹ Adotada, por exemplo, por Clèmerson Clève. CLÈVE, op. cit., p. 143.

⁷¹⁰ Sobre a atividade normativa primária e secundária: Ibidem, p. 277-338. Ressalvamos, todavia, que Clèmerson Clève, ao tratar da atividade normativa primária decorrente da delegação, restringe esta hipótese à lei delegada, não tratando do caso do poder normativo das agências reguladoras.

⁷¹¹ MARQUES NETO, op. cit., p. 108-109.

pode emitir atos normativos que interpretem, detalhem ou permitam a execução de atos normativos de hierarquia superior. Tal prática já é tão difundida na praxe administrativa que o debate sobre a sua possibilidade está fadado a se tornar meramente teórico. Não é factível se imaginar que num Estado complexo como é o Estado contemporâneo, uma única pessoa terá condições de editar atos normativos para regulamentar todas as atividades a serem desenvolvidas por todos estes órgãos. Tomando o exemplo do Estado brasileiro, há, somente na esfera federal, cerca de 150 autarquias, 40 ministérios e algumas centenas de órgãos públicos. Estes órgãos executam tarefas tão díspares e especializadas como a exploração aeroespacial, política agrária, defesa nacional, segurança pública, pesquisa nuclear, seguridade social, diplomacia, arrecadação de tributos, aviação civil, cultura, saúde pública, pesca e pesquisa genética, para citarmos apenas alguns exemplos. Como imaginar que algum ser humano teria condições mínimas de dominar todos estes assuntos e, pessoalmente, editar atos para regulamentar todas essas atividades? No máximo, a sua aprovação seria meramente formal, um ato simbólico, pois certamente sequer teria tempo de ler todos os atos necessários ao funcionamento de toda a máquina administrativa.

Para ilustrar este argumento, apontamos que estudo do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário) aponta que de 1988 a 2008, ou seja, nos primeiros vinte anos de atual carta constitucional, foram editadas, somente na esfera federal, 150.425 normas. Destas, 4.188 foram atos editados pelo Legislativo (emendas constitucionais, leis ordinárias e complementares), 16.161 foram atos editados pelo Chefe do Executivo (medidas provisórias e decretos) e 130.075 são normas editadas por outros órgãos da esfera federal (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, etc). Em média, são 31 normas editadas por dia útil⁷¹².

Os números acima demonstram, primeiro, que hoje a maior parte da atividade normativa é, de fato, desempenhada pelo Executivo: entre atos do Chefe do Executivo e atos dos outros órgãos da esfera federal, a atividade do Executivo responde por 97,2% do total dos atos normativos. Dos atos editados pelo Executivo, 88,9% foram editados não pelo Chefe do Executivo, mas pelos demais órgãos que compõe a Administração federal.

⁷¹² AMARAL, Gilberto Luiz do et. al. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 20 Anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.ibpt.com.br/img/publicacao/13081/162.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2012. p. 1-2.

Segundo o estudo, cada norma tributária possui, em média, 11,23 artigos⁷¹³, o que equivale a, aproximadamente, três páginas. Supondo que as demais normas tenham, em média, a mesma dimensão das normas tributárias, o exame de todas elas demandaria a leitura diária de cerca de 90 páginas. Se o Presidente tivesse que, pessoalmente, aprovar todos estes atos (inclusive os do Legislativo, os quais dependem de sanção presidencial), não só teria a hercúlea tarefa de ler, diariamente, quase 100 páginas de legislação, mas teria que discutir o conteúdo de questões técnicas relativas aos assuntos mais diversos possíveis e se inteirar de uma ampla gama de dados e informações relativos aos diversos setores envolvidos. É, portanto, impossível que num Estado contemporâneo todos estes atos sejam supervisionados por uma só pessoa. Não só é impossível como não é desejável, pois fatalmente esta pessoa acabaria tomando decisões em assuntos sobre os quais não possui qualquer domínio ou conhecimento, nem mesmo tempo para um estudo mais aprofundado.

Voltando ao tema deste tópico, todos os órgãos do Executivo podem editar, e efetivamente editam, atos normativos, poder-dever que é inerente ao exercício da atividade executiva. O que diferencia as agências reguladoras dos demais órgãos do Executivo é que elas não só possuem o poder regulamentar, mas, sim, um poder normativo, podendo elaborar atos normativos substantivos originais. O poder normativo não faz parte do exercício da função executiva e, sim, é o exercício por delegação de uma função legislativa. Assim, não se pode aplicar ao poder normativo a teoria do poder regulamentar, por serem institutos com natureza jurídica distinta e propósitos diferentes.

A questão, portanto, não é saber os limites do poder regulamentar das agências. O verdadeiro questionamento é saber os limites do poder normativo, ou seja, se é possível que as agências reguladoras recebam, por delegação, o exercício da função legislativa. Esta questão foi enfrentada acima, parecendo-nos não haver impedimento constitucional à tal delegação.

3.9.5. Princípio da Legalidade

Outro questionamento que deve ser enfrentado é a alegação de que os atos normativos editados pelas agências reguladoras ferem o princípio da legalidade. Esta suspeita poderia ser pertinente se entendêssemos que as agências somente exercem o poder regulamentar. Estabelecida a premissa de que as agências reguladoras exercem verdadeira função legislativa, ainda que por delegação, os atos por elas emitidos estão em consonância com o princípio da legalidade. Não é o simples fato de o ato normativo ter sido criado pelo

⁷¹³ AMARAL, op. cit., p. 6.

Executivo que gera uma violação ao princípio da legalidade. Se assim o fosse, as Medidas Provisórias que criassem normas substantivas igualmente feririam o princípio da legalidade, o que obviamente não é verdadeiro. Admitida a delegação da função legislativa, não há motivo de se diferenciar o ato normativo da agência reguladora e qualquer outro ato normativo emitido pelo Parlamento, respeitado somente o critério hierárquico.

O argumento de necessidade de se observar o princípio da legalidade, portanto, acabaria reproduzindo a questão da possibilidade da delegação da função legislativa. Superada esta questão, ou seja, estabelecida a premissa de que as agências podem editar atos normativos com força similar ao de uma Lei, o questionamento de violação ao princípio da legalidade resta esvaziado.

A defesa do princípio da legalidade como obstáculo à possibilidade de emissão de atos normativos pelas agências representa, na verdade, um apego à figura simbólica da Lei em sentido formal. Esta concepção faz parte da noção ideal do sistema da representação pelo legislador, o qual seria a única pessoa legitimada a falar em nome da vontade geral, ideia que tem suas origens no pensamento do século XVIII. Como aponta Binenbojm, a crise da Lei é, hoje, um fenômeno mundial, a qual está associada à crise da legitimidade dos Parlamentos e à crise da própria representação, não mais se reconhecendo na representação pelo Parlamento a reprodução legítima da vontade geral⁷¹⁴. Este problema mostra-se relevante quando consideramos que hoje vivemos numa sociedade mais plural e multifacetada do que a do século XVIII, berço da teoria da representação. Na sociedade contemporânea, não há como se falar em uma única vontade geral da sociedade. Mostra-se mais adequado falarmos em múltiplos conflitos de interesses, os quais estão em disputa pelos diversos setores da sociedade.

Temos que o princípio da legalidade deve ser interpretado hodiernamente como o da vinculação da Administração ao bloco de legalidade, ou seja, ao ordenamento jurídico. Este ordenamento é composto não só pela Constituição e pelas leis, mas também pelos regulamentos e outros atos normativos. Postulamos, portanto, que o princípio da legalidade não deve ser confundido com normatividade, positivismo legalista ou com a supremacia da lei formal, mas ser interpretado como a necessidade de a Administração observar a juridicidade administrativa, ou seja, a necessidade dos atos da Administração serem desempenhados de

⁷¹⁴ Sobre o problema da crise da Lei: Cf. BINENBOJM [2008], op. cit., p. 125-136.

acordo com os princípios e regras expressas no bloco de legalidade⁷¹⁵. Por este motivo, não vemos qualquer conflito entre o poder normativo das agências reguladoras e a necessidade de se observar o princípio da legalidade.

3.9.6. Da Essencialidade do Poder Normativo para o Conceito de Agência Reguladora

Por fim, temos que apontar que o conceito de poder normativo é essencial para a caracterização do instituto jurídico das agências reguladoras. Não estamos, com isso, afirmando que seja essencial a existência de agências reguladoras com poder normativo. Como comentamos, a necessidade ou não de agências reguladoras é um questão que pode ser objeto de um estudo de ciência política ou de filosofia, ou mesmo de um debate político. Contudo, como afirmamos, no presente estudo partimos do fato político posto, ou seja, que as agências reguladoras foram legitimamente criadas pelos agentes políticos democraticamente eleitos, cabendo ao Direito estabelecer seus limites legais.

O que queremos apontar é que o conceito jurídico de agência reguladora somente possui algum conteúdo teórico se entendermos que as mesmas exercem o poder normativo. Como comentamos, a agência reguladora é caracterizada pelo exercício simultâneo de funções executivas, legislativas e de julgamento. No Brasil, foram organizadas como autarquias de regime especial. Este regime especial, em essência, é similar ao de todas as demais autarquias, com a diferença de uma maior estabilidade de seus dirigentes. A sua relativa independência é uma característica acessória, a qual pode ou não estar presente, mas que não compõe a essência do instituto jurídico, a exemplo da experiência norte-americana.

Analisando os seus elementos, o exercício da função executiva por parte das agências reguladoras, em si, não possui qualquer peculiaridade em relação às funções que são rotineiramente exercidas pelos órgãos públicos. A sua relativa independência também não é, em si, algo novo. Toda e qualquer autarquia possui algum grau de independência e autonomia. A independência, em concreto, depende de uma série de fatores institucionais, de arranjos políticos e da política de governo, que variam de caso para caso. Não há, pois, como se afirmar que necessariamente uma agência reguladora terá maior independência do que, por exemplo, uma autarquia como o IBAMA, uma Universidade Federal ou mesmo um órgão da administração direta, como o Departamento da Polícia Federal, a Advocacia-Geral da União ou a Secretaria da Receita Federal. Portanto, concluímos que a independência das agências reguladoras, em si, não é um traço de distinção significativo em relação a outros órgãos já

⁷¹⁵ Em sentido similar, BINENBOJM [2008], op. cit., p. 140-143.

existentes antes da reforma da década de 1990, ao menos a ponto de justificar uma categoria jurídica própria.

O simples exercício do poder regulamentar, em si, também é feito por todo e qualquer órgão público. Não há, pois, qualquer traço de distinção. Igualmente a possibilidade de efetuar julgamentos administrativos não possui qualquer novidade. Se considerarmos que as decisões tomadas pelas agências reguladoras podem sempre ser revistas pelo Judiciário, e assim o é por força do inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88, não há aqui nenhuma inovação. Todo e qualquer órgão administrativo efetua julgamentos administrativos das questões que lhes são submetidas. Assim, por exemplo, quando há uma disputa sobre a divisão de uma pensão previdenciária, os pretensos dependentes efetuarão requerimentos administrativos ao INSS, que decidirá sobre a divisão e definirá quem são os dependentes. Quando um determinado órgão público aplica uma multa administrativa, ele decide quanto ao cabimento da sanção e a possível defesa do infrator. Quando um contribuinte discute um determinado tributo, ele pode apresentar uma impugnação à Receita Federal, a qual será julgada administrativamente. O julgamento administrativo não possui absolutamente nenhuma novidade, relembrando-se que o mesmo não é definitivo, eis que sempre pode ser submetido ao controle judicial. Neste particular, as agências reguladoras não possuem qualquer particularidade.

O que diferencia, portanto, as agências reguladoras das demais categorias jurídicas já existentes no ordenamento jurídico pátrio? O único traço distintivo é o exercício do poder normativo, ou seja, o desempenho administrativo de uma função legislativa de forma cumulativa com as demais funções. Retirada esta característica, a categoria jurídica perde a razão de ser. Sem poder normativo, uma agência reguladora nada mais é do que uma autarquia, a qual apenas possui algumas peculiaridades em relação ao rito de nomeação e exoneração de seus dirigentes.

Mesmo esta circunstância, ou seja, de relativa independência de seus dirigentes, somente se justifica se destinada a um fim. Em outras palavras, a independência não é um fim em si mesmo; somente faz sentido se falar numa independência especial das agências reguladoras se elas forem exercer alguma função distinta da que é exercida pelos demais órgãos da Administração. Desta forma, o que dá sentido lógico à preservação de uma relativa independência das agências é o fato delas exercerem o poder normativo. Retirada esta função, não há sentido em lhes atribuir qualquer regime especial.

Desta forma, entendemos que o exercício do poder normativo é essencial para o tratamento da agência reguladora como uma categoria jurídica autônoma. Afastado o poder normativo, a conclusão a que chegaremos é que as agências reguladoras nada mais são do que simples autarquias, o que retira toda a substância da reforma estatal da década de 1990, neste ponto.

3.9.7. Síntese da Nossa Posição

Postulamos que o atual modelo constitucional não impede que o Poder Legislativo delegue funções legislativas às agências reguladoras. Como apontamos, a existência de órgãos que acumulam mais de uma das três funções clássicas – legislativa, executiva e judiciária – não é uma novidade no sistema constitucional nacional. Por outro lado, defendemos, primeiro, que a Constituição expressamente permitiu que o Parlamento criasse agentes reguladores e normativos, aptos a intervir na atividade econômica. Segundo, que não há, no sistema constitucional vigente, uma regra geral de vedação à delegação da função legislativa aos órgãos do Executivo. Por tal motivo, entendemos serem constitucionais as leis que permitem que as agências reguladoras exerçam o poder normativo.

Entendemos, ainda, que o poder regulamentar e o poder normativo não são sinônimos. O poder normativo é o exercício de atividade normativa primária, ou seja, de ato normativo equiparado à Lei, todavia de hierarquia inferior, o qual decorre da delegação da função legislativa. Inaplicável, portanto, a teoria do poder regulamentar, a qual é somente pode ser aproveitada em relação à atividade normativa secundária, ou seja, à atividade normativa inerente a qualquer órgão público que exerça a função executiva.

CAPÍTULO 4 – CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS

4.1. Da Necessidade de um Controle Judicial Coerente

Como comentamos anteriormente, entendemos que as agências reguladoras exercem uma função legislativa, por delegação do Congresso. Nesta condição, elas emitem atos normativos que têm *status* semelhantes ao de uma Lei, apenas sendo de hierarquia inferior. Expusemos, ainda, que no exercício de tal função, as agências não só adotam decisões técnicas, mas também tomam decisões que podem influenciar diretamente na política pública. Por tal motivo, defendemos que as agências devem se submeter ao sistema de freios e contrapesos, sendo controladas pelos três Poderes⁷¹⁶. Uma das formas de se controlar os atos das agências, e evitar que elas se transformem numa ditadura tecnocrática, é através do controle judicial, questão esta que é o ponto central do presente capítulo.

Como anotamos no capítulo anterior, as discussões em torno do poder normativo das agências reguladoras, no cenário nacional, vem se restringindo a tentar enquadrar este poder dentro de categorias jurídicas que remontam ao século XVIII. Ou seja, o que se verifica é que a doutrina insiste em apresentar soluções do pensamento jurídico pré-industrial para problemas típicos da contemporaneidade e do século XXI.

Como a discussão doutrinária parece não ter conseguido avançar além da questão da própria existência do poder normativo das agências reguladoras, e das discussões acerca da sua constitucionalidade e natureza jurídica, o que se percebe é a existência de uma carência, no âmbito nacional, de uma referência teórica de como o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras deve ser feito. E é fácil se entender tal questão. Na medida em que se nega a própria existência do fato social, ou seja, que as agências reguladoras efetivamente legislam sobre aspectos importantes da vida contemporânea, o Direito acaba por não desenvolver ferramentas para lidar com tal fato. Afinal, ninguém disciplina o que não existe. Para podermos teorizar sobre uma solução a um problema, é necessário, primeiro, reconhecermos a existência do problema.

A falta de ferramental teórico para o exercício do controle judicial acaba sendo refletida nas decisões judiciais. Como comentamos no capítulo 1, postulamos que as decisões judiciais sobre o tema não formam um conjunto coerente, não havendo uma definição, de forma clara, acerca dos possíveis limites do exercício da função legislativa pelas agências

⁷¹⁶ Sobre o tema, reportamos à análise de Amartya sobre o excesso de poder do Executivo norte-americano e a necessidade de compensação (*countervailing*). Cf. SEN, op. cit., p. 81-82 e cap. 15.

reguladoras. Como aponta Sérgio Guerra, o controle judicial dos atos normativos das agências, no Brasil, ainda é incipiente, sendo raras as manifestações de mérito sobre a questão⁷¹⁷.

4.1.1. Dworkin e a Integridade do Direito como um Valor Moral

Ronald Dworkin formulou a teoria da Integridade no Direito, apontando haver um valor moral no respeito à integridade e à coerência em um sistema jurídico. Aponta Dworkin a necessidade de o Direito manter uma concepção coerente, a qual reflita os valores da comunidade política. Trata-se da noção de “fidelidade a um sistema de princípios”, segundo a qual cada cidadão tem a responsabilidade de identificar e se manter fiel ao sistema de princípios e valores da comunidade a qual pertence⁷¹⁸. De antemão, apontamos que concordamos com a visão de Dworkin sobre o tema, razão pela qual teceremos algumas explicações sobre esta teoria.

Para justificar a integridade do sistema jurídico, Dworkin parte da noção de integridade política, a qual ele divide em princípio da integridade legislativa e princípio da integridade jurisdicional (*adjudication*)⁷¹⁹. Para demonstrar a importância da integridade na prestação jurisdicional, Dworkin primeiro analisa a integridade como um princípio legislativo. Nesta tarefa, Dworkin observa ser aceito como um valor político que as leis devam ser coerentes, e que devem se manter íntegras às opções morais adotadas.

Dworkin justifica seu ponto de vista a partir de um método de redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*). Ele parte da premissa contrária, de que as leis não precisam se manter coerentes e íntegras às escolhas morais, constatando o resultado contraditório de tal consequência. Essas leis são chamadas por Dworkin de soluções conciliatórias, ou seja, leis que concebem soluções de meio termo, sem um compromisso com um determinado valor moral. Neste raciocínio, Dworkin concebe legislações fictícias, as quais possuem comandos morais distintos para os cidadãos, baseados em critérios aleatórios. Por exemplo, uma legislação que permitisse o aborto para mulheres que nascessem em anos pares, mas proibisse o aborto para as que nascessem em anos ímpares⁷²⁰. Parece a Dworkin que uma legislação criada nestas bases não seria um ponto de equilíbrio, mas acabaria por gerar uma repulsa tanto nos grupos que defendem o aborto, que sustentarão que a permissão do aborto deve ser geral,

⁷¹⁷ GUERRA, S., op. cit., p. 329.

⁷¹⁸ DWORKIN [1997], OP. CIT., p. 231 e p. 271-272.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 211.

⁷²⁰ Idem, p. 216-219.

como nos que são contra, que sustentarão que a proibição deve ser total. Ele explica tal fato partindo da hipótese de que a integridade é um princípio moral, um valor⁷²¹ arraigado na atividade política. Em outras palavras, as pessoas esperam que a legislação faça opções morais e que se mantenha coerente às opções morais adotadas, as quais, para o bem ou para o mal, devem ser aplicadas a todos os membros da comunidade política.

Esse exemplo de Dworkin, de uma legislação que aplica ou não uma regra com base em um critério aleatório, pode parecer absurda. Mas é uma analogia perfeita de como funciona um sistema judicial que não é íntegro e coerente. Quando as decisões judiciais são excessivamente variáveis de julgador para julgador, a regra jurídica que será aplicada a determinada pessoa dependerá de fatores aleatórios. Ou seja, saber qual será o dever-ser passa a depender de qual Vara foi sorteada na distribuição para o julgamento do processo, de quem era o Juiz que substituiu o titular no período de férias, de qual relator foi designado para julgar o recurso, de quem estava de plantão no momento da decisão quanto à cassação ou concessão da liminar, ou seja, de questões absolutamente randômicas – ou que, pelo menos, deveriam ser randômicas. Isto é tão aleatório como dizer que uma mulher pode ou não abortar a depender de ter nascido num ano ímpar ou num ano par. O que se percebe é que há um sentimento de injustiça neste tipo de tratamento aleatório. Isto nos leva a concluir que, provavelmente, a coerência e a integridade na aplicação de um dever-ser são valores morais socialmente relevantes.

Provavelmente, a aplicação aleatória de um dever-ser pareça injusta pelo fato de impor a um membro da comunidade política um valor moral que não é compartilhado de forma geral por todos os seus membros. Esse tipo de pensamento identificado por Dworkin, ou seja, de que a Lei, para ser justa⁷²², deve impor deveres de forma igual a todos os membros da comunidade, tem origem numa tradição filosófica mais antiga, estando presente já no pensamento kantiano^{723 724}.

⁷²¹ Jonathan Crowe, ao comentar a teoria da integridade de Dworkin, retruca que a integridade não é um valor em si. A integridade seria um instrumento destinado a atingir um grande valor, que é o respeito aos direitos e valores fundamentais. CROWE, Jonathan. Dworkin on the value of integrity. **Deakin Law Review**, volume 12, nº 1, 2007. p. 177.

⁷²² Registramos a ressalva de Amartya Sen quanto à dificuldade de se formular uma concepção total de justiça e a inadequação de se tratar teorias de justiça como fórmulas decisivas e conceitos transcendentais. Para o autor, a teoria da justiça deve ter algo a dizer em relação às escolhas verdadeiramente possíveis, não tentando imaginar as escolhas que seriam possíveis em um mundo ideal. SEN, op. cit., p. 87-106.

⁷²³ O próprio Ronald Dworkin observa a influência de Kant e Rousseau em seu pensamento. DWORKIN [1997], op. cit., p. 229.

⁷²⁴ No pensamento kantiano, há um direito natural, inato, independente do direito positivo: a liberdade, na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal. A isto, Kant designa como

Dworkin segue na tradição de Kant ao afirmar que a justiça exige que casos semelhantes sejam tratados da mesma maneira⁷²⁵ e que é injusto que se trate as pessoas diferentemente, quando nenhum princípio puder justificar a distinção⁷²⁶. Assim, a integridade exige que os direitos expressem uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal. Aqui, temos que advertir que Dworkin usa o termo equidade com um significado muito específico. A equidade, para Dworkin, significa uma distribuição equitativa de poder político⁷²⁷.

Na teoria de Dworkin, a integridade é examinada, primeiramente, pelos olhos da política e da legislação. Neste ponto, Dworkin faz seu exame não por uma conjectura moral e sim, pela observação. Ele analisa que leis que adotam soluções conciliatórias, ou seja, que não se mostram coerentes a uma opção moral, acabam sendo instintivamente rejeitadas, como no exemplo da permissão do aborto às mulheres nascidas em anos pares, acima referido, ou no exemplo de uma lei que proibisse a discriminação racial num ônibus, mas a permitisse em restaurantes. Ele conclui que, de certo modo, esperamos que a legislação adote soluções que sejam coerentes a um conjunto de princípios e valores. A partir desta observação, Dworkin formula a sua hipótese, de que a integridade é uma virtude política⁷²⁸.

Defende Dworkin que a comunidade que adote a integridade como uma virtude política possui vantagens morais e pragmáticas. No campo moral, esta comunidade, ao eleger princípios e valores e manter-se coerente a eles, adquire uma autoridade moral capaz de justificar o monopólio da força coercitiva^{729 730}.

Do ponto de vista pragmático, a integridade evita a parcialidade, a fraude, a corrupção, o favoritismo e o revanchismo. A integridade também torna o Direito mais eficiente, pois ao se manter a fidelidade a um conjunto de princípios e valores, os deveres se tornam mais evidentes, sem que a legislação e a jurisprudência tenham que detalhar cada hipótese de

igualdade natural, que é “a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que estão obrigadas com respeito a nós”. KANT, op. cit., p. 55.

⁷²⁵ MacCormick chama isto de justiça formal, que seria a justiça de acordo com a lei, a qual exigiria o tratamento de casos semelhantes de modo semelhante. O atendimento da justiça formal seria o requisito mínimo para se fazer justiça. MACCORMICK, op. cit., p. 93-96.

⁷²⁶ Claro, todavia, que isto não afasta a possibilidade de se dar um tratamento desigual a pessoas desiguais, desde que tal diferenciação seja íntegra e coerente com o sistema jurídico compartilhado pela comunidade política.

⁷²⁷ DWORKIN [1997], op. cit., p. 218-224.

⁷²⁸ Ibidem, p. 216-224.

⁷²⁹ Idem, p. 228.

⁷³⁰ Para Kant, o princípio supremo da moral seria agir “segundo uma máxima que possa ter valor como lei geral”. A máxima, no pensamento kantiano, é o “princípio subjetivo que o sujeito se impõe como regra de ação”. Para Kant, uma regra moral seria boa se todos pudessem agir conforme esta regra que o indivíduo adotou para si. KANT, op. cit., p. 40-46.

possível conflito entre os membros da comunidade⁷³¹. Um sistema judicial íntegro terá uma quantidade menor de recursos, menor nível de litigância, menor necessidade de acesso à justiça e maior segurança jurídica⁷³².

Dworkin define a comunidade que aceita a integridade como uma virtude como sendo uma comunidade de princípios⁷³³. Esta comunidade teria um melhor argumento moral para a defesa da sua legitimidade política, por que:

[U]m compromisso geral com a integridade expressa o interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária que aceitamos em outros contextos.^{734 735}

Ressalvamos, todavia, que dizer que a teoria da integridade determina que situações iguais devam ser decididas da mesma forma é dizer muito pouco. A teoria é mais ampla e mais complexa. A integridade implica na concepção de que há um conjunto de valores e de princípios que são aceitos e interpretados de uma determinada forma pela comunidade política⁷³⁶. As decisões judiciais devem considerar estes princípios e valores, tornando o Direito um conjunto coerente de direitos e deveres, os quais devem obedecer aos valores e princípios aceitos pela comunidade, da forma como são comumente interpretados⁷³⁷.

Apesar de a teoria da integridade estar muito preocupada com a coerência com o passado, o “romance em cadeia”, entendemos este não é o único aspecto da integridade que deve ser observado. Chamaremos a este aspecto específico de **integridade histórica**, ou seja, a coerência da decisão judicial com os princípios e valores expressos nos precedentes judiciais que lhe antecedem e com a história da comunidade política.

⁷³¹ DWORKIN [1997], op. cit., p. 228-229.

⁷³² Ao comentar a teoria da integridade, Peduzzi afirma que ela “reduz a arbitrariedade judicial na definição do sentido da norma e garante a segurança jurídica.” PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade**. São Paulo: LTr, 2009. p. 106.

⁷³³ DWORKIN [1997], op. cit., p. 254-258.

⁷³⁴ Ibidem, p. 260.

⁷³⁵ Ricardo Waldman, aponta que o crescente multiculturalismo propicia a que cada vez mais as comunidades humanas passem a ser identificadas por compartilhar laços jurídicos e valores e princípios que são protegidos pelo ordenamento jurídico. WALDMAN, Ricardo Libel. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin in **Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA**, vol. 2, nº 2. Canoas: ULBRA, 2001. P. 442-443.

⁷³⁶ DWORKIN [1997], op. cit., p. 262.

⁷³⁷ Ressalvamos a observação feita por Habermas, de que apesar da ordem jurídica precisar de princípios morais para se legitimar, essa relação é de complementariedade, sendo questionável, num mundo pós-tradicional, a subordinação do direito à moral. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol I, p. 140-141.

Esse é apenas um dos aspectos pelo qual a integridade pode ser entendida. Além da integridade histórica, acima definida, podemos falar de integridade vertical, integridade horizontal, integridade autorreferente e integridade interdisciplinar.

A integridade vertical é a harmonia da decisão judicial com os precedentes das cortes hierarquicamente superiores ao julgador. Em outras palavras, é a obediência e a disciplina vertical, o respeito aos entendimentos e precedentes já firmados pelos tribunais e instâncias superiores.

A integridade horizontal é a coerência estabelecida através da uniformização da jurisprudência em uma mesma instância, tornando íntegras as decisões proferidas pelos diversos juízos e turmas de mesmo grau, mesmo que com distintas competências.

A integridade autorreferente diz respeito à coerência de tratamento entre casos julgados por um mesmo julgador. Assim, os princípios e valores que nortearam uma decisão devem ser considerados para outros casos, somente sendo admitida a diferenciação se o tratamento desigual for coerente com os princípios e valores anteriormente adotados.

A integridade interdisciplinar implica dizer que os diversos ramos do Direito devem ser interpretados de uma forma coerente, aplicando-se a todos os ramos os mesmos princípios e valores gerais. Princípios e valores gerais somente devem ser excepcionados por uma justificativa relacionada à especialidade do ramo em questão. Qualquer desigualdade, todavia, deve ser coerente com o restante do sistema jurídico, devendo poder ser justificada à luz dos valores e princípios gerais.

Desta forma, uma decisão, para ser íntegra, deve adotar soluções iguais aos casos semelhantes, e soluções desiguais aos casos que se desigualem, considerado os princípios e valores adotados e verificados a partir dos cinco aspectos acima referidos.

Portanto, quando dizemos que as decisões judiciais devem dar soluções iguais aos diversos casos, não estamos afirmando que todos os cidadãos devem ser tratados de forma idêntica, esquecendo-se a desigualdade inerente que existe entre as pessoas. Estamos afirmando que todas as pessoas devem ser julgadas segundo o mesmo conjunto de princípios e valores. É perfeitamente possível, portanto, que pessoas em situações distintas tenham tratamento desigual, não havendo qualquer violação à integridade, neste ponto. O que deve se observar é que: primeiro, as pessoas em circunstâncias semelhantes devem ter tratamento

igual; segundo, que a concepção de igualdade que seja adotada, entre tantas as possíveis, deve ser aplicada de forma coerente e homogênea a todos os casos.

Um aspecto que devemos salientar é a distinção que Dworkin faz entre integridade e coerência. Dworkin designa por coerência em sentido estrito a repetição de decisões anteriores da forma mais fiel e precisa possível. Todavia, a integridade, para Dworkin, não é simplesmente a coerência em sentido estrito. A integridade exige que as normas sejam vistas como um conjunto único e coerente de justiça e equidade⁷³⁸, na correta proporção. Para isto, algumas vezes deverá o juiz se afastar das decisões anteriores em busca da fidelidade aos princípios adotados pelo sistema jurídico⁷³⁹. Sendo assim, em alguns casos, a integridade pode prevalecer sobre a coerência estrita.

Uma objeção honesta que poderia se apresentar à nossa defesa da integridade seria que o respeito cego à integridade forçaria o Juiz a adotar decisões ruins. A integridade poderia gerar um excessivo e sacramental apreço ao passado, provocando um conservadorismo e arcaísmo na interpretação do Direito. Em última análise, este raciocínio impediria qualquer mutação do Direito e inviabilizaria a adaptação da lei e dos precedentes às mudanças sociais. Estas impugnações estariam corretas se a teoria da integridade não comportasse uma válvula de escape.

Todavia, a forma de se dar dinamismo à aplicação da integridade já foi apresentada pelo próprio Dworkin, pela separação dos conceitos de integridade e de coerência em sentido estrito. Na integridade de Dworkin, o Juiz não está condenado a repetir mecanicamente as decisões tomadas no passado. O Direito pode ser alterado, desde que se mantenha íntegro⁷⁴⁰. Como apontamos, algumas vezes o juiz irá se apartar das decisões anteriores, precisamente para se manter fiel aos princípios adotados pelo sistema jurídico.

O que repudiamos é que o julgador possa, ao pretender alterar o Direito, adotar princípios ou valores que sejam incoerentes com o restante do sistema, ou que ignorem os precedentes anteriores, a história da comunidade política, a interpretação feita pelos tribunais superiores, o entendimento de seus pares, os entendimentos dos demais ramos do Direito e

⁷³⁸ Lembrando que equidade, para Dworkin, significa uma distribuição equitativa de poder político.

⁷³⁹ DWORKIN [1997], op. cit., p. 262-264.

⁷⁴⁰ Em sentido semelhante, apontado que a descontinuidade pode respeitar a integridade: CARVALHO, Lucas Borges. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 16, nº 64, jul-set/2008, p. 219.

mesmo os preceitos que ele mesmo adota em outros casos. A decisão pode ser alterada, mas os princípios, os valores, devem se manter, o tanto quanto possível, coerentes.

Podemos, aqui, nos valer da noção de coerência de Neil MacCormick, para o qual a coerência implicaria na necessidade de que as numerosas normas de um sistema jurídico façam sentido, quando consideradas em conjunto. Desta noção, extraímos de MacCormick a ideia de coesão no Direito, sintetizada pelo dever de não se contrariar normas estabelecidas e vinculantes⁷⁴¹.

De fato, não vemos nenhum bom motivo para que, sob uma suposta defesa da justiça, o julgador pudesse ignorar os princípios e valores aceitos pela comunidade política. Uma alteração radical destes princípios somente poderia ser justificada por um evento revolucionário, de quebra das bases nas quais se assenta o Estado, ou seja, num cenário onde se permitiria criar um novo poder constituinte originário; por uma mudança do ordenamento jurídico, com a introdução ou modificação de uma norma legal; ou por uma relevante mudança social, apta a alterar os valores compartilhados pela comunidade. Dentro de uma situação de normalidade democrática, não há uma boa justificativa para que o Juiz ignore a ordem de valores e princípios da sociedade da qual faz parte. Pensar-se o contrário é imaginar que pode haver, numa comunidade de iguais, alguém que seja moralmente superior.

Temos que considerar que a justiça não representa um conceito unívoco e universal, mas que há, na verdade, diversas concepções possíveis, razoáveis e imparciais sobre o que é justo, as quais, por sua vez, podem conduzir a resultados práticos distintos⁷⁴². Conforme coloca MacCormick, um requisito mínimo para se decidir de forma justa é a necessidade de observar a **justiça formal**, a qual corresponde ao dever de se decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores. Para MacCormick, a escolha de obedecer a justiça formal é uma escolha entre o racional e o arbitrário na condução das relações humanas⁷⁴³.

Sem dúvida, o julgador pode inovar e modificar o Direito. Mas, para tal, ele tem o ônus de compatibilizar essa sua nova decisão com o restante do ordenamento jurídico. Imaginar-se que uma decisão judicial possa, em nome de uma suposta defesa da concepção individual sobre o que é justo e correto, ignorar os princípios e valores do ordenamento

⁷⁴¹ MACCORMICK, op. cit., p. 197-202 e 255-258.

⁷⁴² Neste sentido: Cf. SEN, op. cit., introdução e p. 3-15 e 200-203. Chamamos a atenção, particularmente, para o exemplo de Amartya Sen a respeito do caso das três crianças e a flauta.

⁷⁴³ MACCORMICK, op. cit., p. 93-97.

jurídico e romper abruptamente, e de forma isolada, com o sistema jurídico em vigor é permitir que a conduta dos homens seja pautada pelo arbítrio de um indivíduo.

Os direitos são fundamentais, e devem ser garantidos, justamente por permitirem que as pessoas planejem suas vidas para viverem de acordo com os seus próprios desígnios⁷⁴⁴. A única forma das pessoas poderem delinear as suas vidas é se elas souberem, ou puderem razoavelmente prever, se suas metas de bem viver estão de acordo com os valores da comunidade a que pertencem. Se o direito é imprevisível, dependendo do arbítrio de cada julgador e da aleatoriedade das decisões judiciais, então ninguém possui nenhum tipo de direito que lhe permita planejar o seu próprio futuro.

Usando um argumento do próprio Dworkin,

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência⁷⁴⁵.

Se não há como se prever razoavelmente quais são os direitos que serão judicialmente aceitos, ou se os direitos pré-estabelecidos, que se supunha serem garantidos, puderem ser simplesmente desconsiderados pelo arbítrio individual de um julgador, então os direitos não têm sentido⁷⁴⁶. Ademais, ao se definir com certa precisão, de antemão, os direitos que serão validamente aceitos pela comunidade política, elimina-se o fardo dos conflitos morais, substituindo-os pela segurança jurídica⁷⁴⁷.

Entendemos que não há antagonismo entre a justiça e a integridade do Direito. Fixar para alguém uma obrigação que é imposta a todos, respeitadas as desigualdades e circunstâncias do caso, seria, por essência, justo⁷⁴⁸. Nessa ótica, impor ao indivíduo uma obrigação que não é geral, ou assegurar um direito que não seja garantido a todos, seria, por si só, uma injustiça. Não há justificativa, portanto, para se ignorar a integridade sob o falacioso

⁷⁴⁴ CARVALHO, op. cit., p. 209.

⁷⁴⁵ DWORKIN [2002], op. cit., p. 304-305.

⁷⁴⁶ Para Lucas Carvalho, “a exigência de levar os direitos a sério e de julgar com base em argumentos de princípio, torna insustentável qualquer concepção que faça tábula rasa dos direitos individuais pré-estabelecidos”. CARVALHO, op. cit., p. 217.

⁷⁴⁷ Em sentido similar, HABERMAS, op. cit., p. 114.

⁷⁴⁸ Pra Jonathan Crowe, a melhor teoria sobre o direito existente será sempre aquele que é consistente com as bases pré-morais da comunidade legal. CROWE, op. cit., p. 178.

argumento de se fazer a “justiça” do caso concreto. Isto nada mais é do que arbitrariedade travestida de decisão judicial.

Claro que a aplicação da integridade deve levar em consideração as circunstâncias individuais, as desigualdades, o subjetivismo do Direito e a imprecisão da linguagem natural. Não temos a pretensão de transformar o Direito em uma ciência exata, ou de propor fórmulas lógicas e equações matemáticas para a solução de conflitos jurídicos. Algum grau de imprevisibilidade, de imprecisão e de subjetivismo sempre haverá em qualquer sistema jurídico saudável. Assim, dizer que a decisão judicial deve manter uma coerência e integridade não implica na suposição da existência de uma única decisão “correta”⁷⁴⁹. Postulamos, todavia, de forma modesta, que é possível diminuir-se o grau de arbitrariedade das decisões judiciais e aproximá-las de um conjunto coerente, já se sabendo, de antemão, a dificuldade de se uniformizar situações que podem ser, na verdade, únicas.

4.1.2. Integridade do Direito e Especificidades da Regulação Econômica

Ao tratarmos do tema da integridade do Direito, temos que levar em consideração algumas particularidades da atuação das agências reguladoras. Como já comentamos, geralmente as agências reguladoras atuam em setores econômicos altamente concentrados, não raro estruturados em forma de oligopólio ou de monopólio privado. Já apontamos, ainda, que a regulação estatal da atividade econômica pressupõe a incapacidade do mercado de se autorregular. Pressupõe, ainda, a existência de falhas de mercado que podem prejudicar a coletividade, em setores importantes ou mesmo essenciais à manutenção da economia e da ordem social.

Pois bem, não é difícil se imaginar que a existência de decisões judiciais conflitantes, determinando obrigações distintas para empresas concorrentes que operam em mercados altamente concentrados, podem produzir resultados altamente lesivos ao interesse coletivo.

Para melhor entendermos esta questão, propomos um exemplo. Imaginemos que num setor oligopolizado, como o setor do transporte aéreo, uma decisão judicial passe a proibir o pouso de aeronaves em dado horário, em certo aeroporto. Digamos que tal decisão seja adotada sob o argumento de que haveria de se respeitar o silêncio no período noturno, de forma a preservar o descanso da população que habita no entorno do aeroporto.

⁷⁴⁹ Em sentido similar, Roberto Freitas Filho ressalta que não é possível um “conteúdo universal para a linguagem da moral ou para linguagem jurídico-prescritiva”, apontando que a necessidade de coerência conceitual não se confunde com a exigência de uma decisão correta. FREITAS FILHO [2009], op. cit., p. 316.

Sem querermos discutir o mérito desta tese fictícia que apresentamos, vamos imaginar que, a partir desta tese, o Judiciário passe a produzir decisões que não sejam coerentes entre si, ora permitindo o uso irrestrito do aeroporto no período noturno, ora vedando, decidindo de forma diferente para cada concorrente e para cada local. Imaginemos, neste exemplo, que uma empresa A, por fatores aleatórios (ou não), é a única que consegue obter uma decisão judicial que lhe permite voar em qualquer horário em três grandes centros urbanos (digamos, por exemplo, em São Paulo, Rio de Janeiro de Brasília). Qual será o resultado prático desta decisão?

O que poderá ocorrer é a transformação do oligopólio num monopólio privado. O sistema judicial, ao não ser íntegro, pode criar uma cláusula de barreira de entrada para os demais concorrentes, gerando uma vantagem competitiva ilegítima⁷⁵⁰ para uma das empresas. Não haverá surpresas se, neste nosso exemplo, a empresa A acabar dominando o mercado, passando, inclusive, a comprar as empresas concorrentes⁷⁵¹. É possível se imaginar, também, que a empresa, por exercer um monopólio, acabe abusando do seu poder econômico⁷⁵², pouco se importando com a qualidade dos seus serviços ou com as eventuais críticas dos seus usuários.

O que se percebe é que a existência de um sistema judicial sem integridade pode gerar um elevado incentivo econômico a que empresas reguladas capturem o Poder Judiciário. A partir do momento em que uma única decisão judicial pode dar origem a uma vantagem competitiva em mercados cujo domínio pode garantir receitas da ordem de centenas de milhões de reais, ou mesmo bilhões, há um grande risco de que as empresas se vejam motivadas a usar de artifícios - legítimos ou ilegítimos - para tentar obter decisões judiciais favoráveis.

De se destacar que tais decisões sequer necessitam ser decisões finais. A simples concessão de uma liminar, mantida por um período de alguns anos, pode ser suficiente para mudar toda a distribuição de forças dentro de um mercado. Esse é um problema ainda não suficientemente discutido no Direito: a diferença entre o tempo jurídico e o tempo

⁷⁵⁰ Acerca do problema da vantagem competitiva por processos naturais e por processos abusivos: Cf.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, 2ª Ed. São Paulo, RT, 2004. p. 276-279 e 319-320.

⁷⁵¹ Neste sentido, conferir a teoria dos mercados contestáveis e a relação entre cláusulas de barreira e dominação de mercados: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as Conduas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-23.

⁷⁵² Consideramos como poder econômico o poder que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meio de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um só indivíduo ou grupo, evitando, de forma ilegítima, que outros deles possam também dispor, há abuso de poder econômico. BRUNA, Sergio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: RT, 1997. p. 103-105.

econômico⁷⁵³. Em regra, o discurso do Direito é que eventuais posições dissonantes e violações à sua integridade serão resolvidas pela uniformização da jurisprudência, nas vias recursais. Todavia, a obtenção desta uniformização demanda um tempo que pode parecer razoável para o tempo jurídico, mas que é excessivo para o tempo econômico. Assim, neste nosso exemplo, ainda que a empresa A somente consiga manter a sua decisão liminar e realizar voos noturnos por um período de, digamos, 2 ou 3 anos, este período de tempo pode ser suficiente para garantir um aumento expressivo do seu poder econômico sobre o mercado regulado, gerando uma grave lesão aos usuários do serviço e aos demais competidores. Esta lesão pode acabar se tornando irreversível, a partir do momento em que o poder econômico da empresa se tornar expressivo. Nas palavras de James W. Brock, “empresas poderosas operando em estruturas de mercado concentradas podem agir de uma forma ineficiente, antieconômica, destrutiva e disfuncional”⁷⁵⁴.

Um outro problema que pode surgir da falta de integridade do Direito é a inviabilização de investimentos de longo prazo. Ou seja, a falta de previsibilidade jurídica pode aumentar sensivelmente o risco de investimentos de grande porte, desestimulando a melhoria da qualidade e a busca pela diminuição dos custos da atividade econômica, através de ganhos de eficiência. A imprevisibilidade judicial pode acabar estimulando, tão somente, investimentos especulativos, ou seja, investimentos de curto prazo, baseados em risco elevado e alta taxa de retorno⁷⁵⁵, atraindo investidores menos comprometidos com o sucesso econômico de longo prazo.

Voltando ao nosso exemplo dos voos noturnos, qual seria a provável postura de investimentos da empresa A nesta modalidade específica de transporte? Ela estaria estimulada a investir em tecnologia, treinamento, qualidade de serviços e em modelos de negócios competitivos, sabendo que a decisão judicial que lhe favorece poderá ser revertida a qualquer momento? Possivelmente não. A precariedade da sua posição provavelmente estimularia outro tipo de exploração econômica, baseada em baixa qualidade e altas taxas de retorno de

⁷⁵³ FREITAS FILHO; e CASAGRANDE, op. cit., p. 10-17.

⁷⁵⁴ “Powerful firms operating in concentrated market structures can act in ways and with results that are inefficient, uneconomic, destructive and dysfunctional”. Tradução nossa. BROCK, James W. Merger policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic power and the miasma of efficiency. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 54, No. 2/Summer 2009. P. 342-343.

⁷⁵⁵ Max Weber aborda esta questão diferenciando o capitalismo, o qual seria racional, do impulso para o ganho monetário o mais alto possível, ou seja, a ânsia do lucro, a qual seria irracional. Para Weber, o capitalismo racional não é baseado na ânsia do lucro elevado e imediato, mas na geração de lucro constante, planejado e de longo prazo. Weber aponta a relação bastante próxima entre as estruturas do Direito racional e o avanço do capitalismo “racional”. WEBER [1992], op. cit., p. 4-11.

curto prazo. Como ela não tem previsão do tempo de duração da sua vantagem competitiva, a sua motivação é a de uma postura predatória, tentando obter o maior lucro possível no menor tempo, de forma a realizar economicamente a sua vantagem temporária. Por possuir uma posição de elevado poder econômico neste nicho específico do mercado, ela não precisa se preocupar em fidelizar a sua clientela, em aumentar sua eficiência ou em ter a sua posição contestada pelos demais concorrentes⁷⁵⁶.

Por outro lado, o cenário de insegurança jurídica não estimula que concorrentes potenciais busquem entrar no mercado e contestar a posição da empresa A. Imaginemos, por exemplo, uma empresa B, a qual ainda não opera no mercado aéreo, mas teria interesse em entrar no segmento de voos noturnos. Ela poderia planejar oferecer um serviço mais eficiente, de melhor qualidade e menor preço, de forma a competir com a empresa A. Todavia, ela terá que considerar o elevado risco de, após efetuar investimentos em tecnologia, equipamentos e treinamento, não conseguir operar no setor, em razão da imprevisibilidade quanto à obtenção, ou não, de uma decisão judicial que lhe permita operar voos noturnos. Um investidor que busque um negócio de longo prazo e baixo risco provavelmente não estaria estimulado a entrar neste modelo de negócios⁷⁵⁷.

Desta forma, verificamos pelo nosso exemplo ser razoável imaginarmos que um cenário de absoluta incerteza jurídica possivelmente tenderia a estimular um modelo de negócios predatório, buscando altas taxas de retorno em curto prazo para compensar o alto risco, e a desestimular um modelo de negócios de longo prazo, baseado em riscos menores.

Como síntese do presente tópico, apontamos que as especificidades da regulação econômica são uma razão a mais, de ordem pragmática, para que se observe a integridade e a coerência do Direito. Não se quer dizer que um sistema jurídico que seja íntegro e coerente estará absolutamente imune aos problemas aqui abordados. Todavia, entendemos ser razoável se supor que um ambiente no qual as decisões judiciais possam ser aleatórias provavelmente estimulará a tentativa de captura do Judiciário para a obtenção de vantagens competitivas através de decisões judiciais, ainda que provisórias. Postulamos, ainda que dentro deste

⁷⁵⁶ O poder econômico, por definição, garante a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Desta forma, a empresa com poder econômico é aquela que pode tomar decisões econômicas sem precisar obedecer às leis concorrenciais do mercado. BRUNA [1997], op. cit., p. 103-105.

⁷⁵⁷ Para se considerar a concorrência potencial, devemos considerar as barreiras de entrada e os custos de investimento (*sunk cost*). A concorrência potencial somente pode ser considerada se não houver barreiras consideráveis à entrada dos concorrentes potenciais ou custos de investimento elevados, que impeçam uma imediata reação por parte dos concorrentes potenciais. Esse pensamento faz parte do movimento pós-Escola de Chicago que defende a teoria dos mercados contestáveis. SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 24-25.

cenário descrito, a questão da brevidade do tempo econômico pode exercer uma influência lesiva considerável, a qual normalmente não é considerada no discurso jurídico. Apontamos que essas consequências são ainda mais danosas, quando consideramos que essas decisões judiciais poderão gerar diferenças de tratamento entre competidores de um oligopólio. Este tratamento diferenciado pode acabar por possibilitar a formação de um monopólio privado. Postulamos, por fim, ser razoável se supor que o cenário de incerteza da prestação jurisdicional tende a estimular um modelo de negócios predatório, com alto risco e busca de um alto retorno de curto prazo, desestimulando investimentos em qualidade, fidelização de clientes e diminuição de custos.

4.2. Exame do Problema Concreto

4.2.1. O Pedido de Suspensão de Liminar e o STJ

Já apontamos no capítulo 1 o aparente descompasso de decisões judiciais relativas a três casos distintos referentes às agências reguladoras. Apontamos, naquela ocasião, a evidente disfunção do rito de julgamento, que se deslocou do processo ordinário para uma disputa de liminares e contraliminares, somente sendo resolvido no âmbito de um Tribunal Superior, no caso, da presidência do STJ, através de pedidos de suspensão.

Os problemas narrados no capítulo 1 orbitam em torno de uma previsão legal, que parece ser excepcional, que é o art. 4º da Lei nº 8.437/1992:

Art. 4º Compete ao **presidente do tribunal**, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, **suspender**, em despacho fundamentado, **a execução da liminar** nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e **para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**. [*grifos nossos*]

Depreendemos do texto do dispositivo normativo que nos casos em que as instâncias judiciais de primeira e segunda instância concedem uma medida liminar que possa causar uma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Poder Público de qualquer esfera (federal, estadual ou municipal) tem a prerrogativa de solicitar que o Presidente do Tribunal ao qual caberia eventual recurso suspenda a decisão.

Assim, esquematicamente, podemos dizer que cabe aos Presidentes de Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais a suspensão de liminares dos juízos de primeira instância. Ao Presidente do STJ cabe a suspensão das liminares concedidas pelos Tribunais, quando a

matéria não for constitucional. Se for constitucional, a apreciação do pedido cabe ao presidente do Supremo. Esta descrição corresponde razoavelmente à praxe que é adotada pelos Tribunais.

Parece-nos no mínimo peculiar que um sistema judicial tenha que se estruturar de tal forma que passe a depender da intervenção de um presidente de Tribunal para evitar que liminares concedidas pelo próprio Judiciário causem graves lesões a interesses coletivos. É razoável se supor que o próprio julgador deve considerar, ao decidir um determinado caso, quanto aos efeitos da sua liminar e eventuais danos que a mesma poderá acarretar.

Se pudéssemos nos colocar no lugar de um observador externo à comunidade jurídica, este provavelmente teria razão em imaginar que as hipóteses nas quais os Presidentes de Tribunal teriam que intervir para suspender uma liminar concedida por um outro julgador seriam remotíssimas e excepcionais. E seria admissível, ainda, que imaginasse que dificilmente tais decisões teriam que ser tomadas pelos presidentes de Tribunais Superiores. Todavia, o que acabamos por verificar é que este tipo de atuação não só não é rara, mas se repete na rotina judicial de forma relativamente frequente. É plausível se imaginar, portanto, que tal fato revele um problema subjacente ao sistema de controle judicial.

Desde já nos parece que o problema não está, em si, na possibilidade prevista no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, que permite aos Presidentes dos Tribunais poderem suspender decisões liminares. Este é, apenas, um sintoma de um problema maior. O dispositivo legal possivelmente foi criado para dar conta a um fenômeno que está relacionado a um problema concreto. E tanto é assim que o instituto, que poderia ter sido relegado a uma hipótese raríssima pela prática judicial, acabou tendo um uso relativamente expressivo.

Tomando por referência o STJ, fizemos uma análise quantitativa do número de pedidos de Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) e de pedidos de Suspensão de Segurança (SS). Aproveitando o fato do STJ numerar sequencialmente tais pedidos, é possível se aferir a quantidade total de pedidos de suspensão propostos ao longo do tempo.

Pois bem, o pedido de suspensão de liminar nº 1000 (SLS 1000) foi interposto em 22/12/2008. O pedido de nº 1600 foi interposto em 22/06/2012. Ou seja, num intervalo de 3 anos e meio, foram interpostos 601 pedidos de suspensão (1000 a 1600), o equivalente a uma média anual de 171,7 pedidos. A este número, devemos somar os pedidos de suspensão de segurança. Usando a mesma metodologia, verificamos que entre a SS 2000 (proposta em

03/02/2009) e a SS 2590 (proposta em 20/06/2012) transcorreu um intervalo de 3 anos, 4 meses e 17 dias⁷⁵⁸, período no qual foram propostos 591 pedidos de suspensão de segurança. Concluímos, dividindo o número de pedidos pelo tempo transcorrido, que este dados equivalem a uma média de 174,8 pedidos por ano. Desta forma, considerando a soma das SS e SLS, verificamos que são apresentados ao Presidente do Superior Tribunal Justiça um total de 346,5 pedidos de suspensão por ano⁷⁵⁹, o que corresponde a mais de um pedido por dia útil⁷⁶⁰. Verificamos, pois, que a medida realmente não é excepcional. De fato, a luz destes números, podemos afirmar que o julgamento dos pedidos de suspensão provavelmente faz parte da rotina diária do Presidente do Superior Tribunal Justiça. Tais dados nos levam a questionar a razão pela qual o Presidente de um Tribunal Superior se vê obrigado a, diariamente, apreciar pedidos de órgãos públicos para suspender liminares que estão colocando em risco a ordem pública.

4.2.2. Apreciação Quantitativa dos Pedidos de Suspensão de Liminar do STJ

Para verificarmos com qual frequência estes pedidos de suspensão são efetivamente deferidos, analisamos 100 pedidos de suspensão de liminar e sentença, interpostos no STJ no mesmo período utilizado para a obtenção dos dados quantitativos do item anterior (ou seja, do final de 2008 até junho de 2012)⁷⁶¹. Fizemos este corte temporal por três motivos: primeiro, queríamos selecionar uma data próxima dos casos referidos no capítulo 1, para que a análise ora efetuada pudesse ser comparada com os casos já descritos; segundo, queríamos privilegiar os casos mais recentes, para excluir o efeito de uma possível mudança da jurisprudência ao longo do tempo, o que poderia tornar a análise mais complexa; e terceiro, optamos por cobrir um período de tempo maior do que 2 (dois) anos, que corresponde ao mandato do presidente do STJ, para minimizarmos o efeito da posição pessoal do Presidente daquele Tribunal.

Os 100 casos foram selecionados de forma aleatória⁷⁶² dentre todos os pedidos de suspensão de liminar e sentença, independentemente do autor, do objeto ou de outros cortes

⁷⁵⁸ O que equivale a 3,3806 anos. Dezessete dias equivalem a 0,5667 meses, considerando um mês de 30 dias. Para converter os meses em anos, somamos os 4 meses com 0,5667, do que resulta 4,5667. Para converter em anos, divide-se os meses por 12, obtendo-se como resultado que 4 meses e 17 dias equivalem, na escala decimal, a 0,3806 anos.

⁷⁵⁹ Devemos apontar que o número equivale ao quantitativo total, não se referindo especificamente aos pedidos de suspensão das agências reguladoras.

⁷⁶⁰ O número exato é de 1,44 pedidos por dia útil, considerando um ano com 240 dias úteis (12 meses com 20 dias úteis por mês). Este número não considera, todavia, os recessos de final de ano e do meio de ano.

⁷⁶¹ Usamos, para isso, o mesmo corte da numeração das SLS, ou seja, da SLS 1000 até a SLS 1600.

⁷⁶² Para a seleção aleatória dos processos, utilizamos a função da planilha eletrônica *Excel* denominada “ALEATORIOENTRE”, conforme metodologia descrita por Roberto Zentgraf: Cf. ZENTGRAF, Roberto. **Estatística Objetiva**. Rio de Janeiro: ZTF, 2001, p. 316-320. Utilizamos como parâmetro inferior e superior,

metodológicos. A intenção era apenas se estimar a frequência com a qual os pedidos de suspensão são concedidos pela Presidência do STJ.

Apontamos que o universo total dos pedidos de suspensão, no período considerado, corresponde a 601 processos (da SLS 1000 à SLS 1600). Como indicamos, analisamos 100 pedidos, o que equivale a 16,6% do universo total⁷⁶³. Ainda que se reconheça que se trata de um estudo simplificado, o qual pode e deve ser ampliado por novas pesquisas, opinamos que os números obtidos são representativos e se prestam para o propósito ora pretendido, que é apenas de se fazer uma estimativa geral de quão frequente é a concessão de um pedido de suspensão de liminar pela Presidência de um Tribunal Superior.

Reconhecemos, também, que o presente estudo não fez uma distinção quanto ao polo ativo ou passivo ou quanto ao objeto do pedido. Uma outra proposta de estudo, igualmente interessante, seria saber qual seria o percentual específico de concessão dos pedidos de suspensão em relação às agências reguladoras. Todavia, tal tipo de exame exigiria uma amostra mais ampla para estudo.

Pois bem, dos 100 casos analisados, verificamos que o pedido de suspensão foi deferido, de forma total ou parcial, em 33 situações. Do que concluímos que a concessão de pedidos de suspensão pelo Presidente do STJ é de 33%, com uma margem de erro de 8,46%, para mais ou para menos⁷⁶⁴. Ou seja, o intervalo de confiança está entre 24,5% e 41,5%, com

respectivamente, os valores 1000 e 1600, representando o número da SLS a ser pesquisada. Números duplicados foram considerados apenas uma vez. Um dos pedidos de suspensão selecionados ainda não havia sido apreciado no momento da pesquisa (1595) e, portanto, foi descartado. Aproveitamos somente os 100 primeiros números sorteados, o que resultou no descarte dos 4 últimos números da sequência aleatória. A sequência original gerada aleatoriamente, incluindo números duplicados e descartados, foi a seguinte: 1382, 1226, 1050, 1547, 1344, 1313, 1001, 1597, 1422, 1461, 1419, 1009, 1247, 1537, 1549, 1388, 1512, 1016, 1570, 1343, 1144, 1436, 1071, 1452, 1183, 1304, 1319, 1570, 1405, 1505, 1222, 1258, 1275, 1308, 1589, 1397, 1550, 1493, 1268, 1595, 1033, 1082, 1187, 1543, 1394, 1180, 1134, 1304, 1446, 1472, 1167, 1069, 1563, 1260, 1431, 1579, 1171, 1444, 1492, 1009, 1350, 1477, 1105, 1583, 1092, 1217, 1540, 1225, 1556, 1206, 1024, 1364, 1413, 1174, 1075, 1528, 1164, 1184, 1032, 1395, 1577, 1093, 1146, 1432, 1131, 1020, 1439, 1584, 1006, 1242, 1566, 1189, 1451, 1289, 1468, 1107, 1287, 1510, 1394, 1391, 1141, 1563, 1519, 1449, 1499, 1324, 1579, 1542, 1469, 1285 e 1531.

⁷⁶³ Somente analisamos as SLS. Sendo assim, as SS, suspensões de segurança, não foram consideradas em nosso estudo.

⁷⁶⁴ Considerando uma margem de confiança de 95%. A partir do tamanho da amostra (n=100), podemos estabelecer em relação ao universo examinado (601 de pedidos de suspensão do STJ) um intervalo de confiança entre 24,54% e 41,46%, supondo uma distribuição normal. Ou seja, estatisticamente, há 95% de certeza que o número verdadeiro de decisões procedentes em todo o universo de decisões esteja entre 24,8% e 41,2% de pedidos procedentes. Para chegarmos a tal conclusão, transformamos o resultado da pesquisa em valores lógicos 0 e 1, atribuindo 1 para os pedidos concedidos e 0 para os negados ou não conhecidos. O intervalo de confiança foi calculado a partir dos seguintes fatores: n = 100 (amostra); N = 601 (universo); z = 1,96 (distribuição normal, 95%); desvio padrão = 0,472581563 (obtido através da função Excel DESVPAD, a partir dos valores 0 e 1 utilizados na listagem); fator de correção para amostras finitas (FC) = 0,913783 (n=100 e N=1600); Erro padrão da média = 0,043183 (considerando o FC); média amostral = 0,33. Margem de erro, para z=1,96, é de 0,08463. Desta forma, temos que μ está entre 0,24537 e 0,41463. Cf. ZENTGRAF, op. cit., 332-335.

95% de certeza estatística. Podemos, portanto, considerar, para o presente trabalho, que os pedidos são concedidos em aproximadamente 1/3 dos casos.

Da amostra selecionada, em 53 casos o pedido foi indeferido e em 14 casos o pedido não foi conhecido⁷⁶⁵. Devemos destacar que a análise se restringiu à decisão monocrática do Presidente⁷⁶⁶, sem considerar o resultado de outros recursos posteriores, como o Agravo Regimental à Corte Especial ou o Recurso Extraordinário, ou de outras medidas de contracautela que tenham sido utilizadas. Apontamos, por fim, que reconhecemos que para que o número final fosse estatisticamente mais preciso, haveria que se fazer um trabalho de pesquisa mais complexo, a partir de uma amostra mais ampla⁷⁶⁷. Todavia, entendemos que o presente esforço é uma contribuição inicial, a qual poderá estimular novas pesquisas neste campo.

4.2.3. Análise dos Dados e Hipóteses

Como verificamos no capítulo 1, temos vários exemplos de situações nas quais as agências reguladoras se engajam em batalhas judiciais para tentar manter atos normativos por ela emitidos. E verificamos, ainda, a existência de ocasiões nas quais as agências reguladoras se valem de pedidos de suspensão para a Presidência do STJ, para tentar suspender liminares que estejam impedindo a sua atuação normativa. Nosso propósito é, a partir dos dados empíricos, tentar entender o fenômeno.

Verificamos através de estudo empírico que aproximadamente 1/3 dos pedidos de suspensão de liminar dirigidos ao Presidente do STJ são deferidos⁷⁶⁸. Devemos, agora, interpretar este número. Numa primeira visão, apesar de não ser um percentual desprezível, não parece ser suficientemente alto a ponto de justificar a hipótese de que as decisões de instâncias inferiores seriam excessivamente reformadas pelas instâncias superiores, pois a impressão que teríamos é que 2/3 das decisões estariam sendo preservadas.

⁷⁶⁵ Incluem-se nas hipóteses de não conhecimento a declinação da competência para o STF, o arquivamento por vícios formais, o não conhecimento pelo entendimento do não cabimento da medida processual no caso e outras questões não relacionadas ao mérito do pedido.

⁷⁶⁶ Nos casos em que o Presidente do STJ proferiu mais de uma decisão, reconsiderando uma decisão sua anterior, consideramos na contagem o resultado da última decisão monocrática.

⁷⁶⁷ Uma proposta possível seria ampliar o estudo para abranger, também, as suspensões de segurança, o que aumentaria o universo do estudo para 1.192 casos, no mesmo corte temporal. Com uma amostra de 500 processos, a margem de erro poderia ser diminuída para 2,9%, mantendo-se a margem de confiança de 95%. Obtivemos tal resultado considerando $z=1,96$; desvio padrão = 0,472581; $n = 500$; $N = 1.192$; $FC = 0,762250$; erro padrão das médias = 0,014576; do que se obtém a margem de erro = 0,02857. No mais, utilizamos a metodologia similar à da determinação do intervalo de confiança. Cf. ZENTGRAF, op. cit., p. 332-335 e 339-340,

⁷⁶⁸ Devemos salientar que este número não se refere especificamente às agências reguladoras, mas ao universo estudado de pedidos de suspensão formulados ao STJ.

Postulamos, todavia, que a interpretação do dado empírico obtido depende da correta compreensão do arranjo judicial nacional. Assim, para sabermos o impacto deste quantitativo de revisão, ou seja, para avaliar se o número de decisões suspensas é alto ou baixo, temos que extrapolar o resultado para todo o sistema jurídico, e questionar qual seria o resultado se todo o arranjo institucional do Judiciário tiver comportamento similar ao da Presidência do STJ. Propomos que a análise deste número seja feita a partir de duas hipóteses teóricas extremas: uma, assumindo que o sistema judicial nacional é absolutamente coerente e íntegro; outra, assumindo que as decisões judiciais são absolutamente aleatórias. Analisaremos as duas situações partindo da premissa hipotética de que os dados empíricos do STJ refletem de forma aproximada a probabilidade de sucesso e de insucesso dos pedidos de suspensão dos demais Tribunais⁷⁶⁹.

Na primeira hipótese, ou seja, de um sistema jurídico absolutamente coerente e íntegro, o número de decisões revistas pelo Presidente do STJ deve-se exclusivamente à diferença dos critérios legais entre o julgador de primeira instância e o rito dos pedidos de suspensão. Isto por que enquanto o julgador concederia a liminar com base em critérios de fumaça de bom direito e perigo na demora, o Presidente do Tribunal deveria suspender a liminar com base no risco de grave lesão à ordem pública. Assim, considerando a nossa primeira hipótese, de coerência absoluta, o número de pedidos de suspensão concedidos se refere exclusivamente à mudança do critério legal, não à diferença das opiniões entre os julgadores.

Seguindo nesta hipótese, pouca diferença haverá se o pedido for dirigido ao Presidente do Tribunal Local, ao Presidente do STJ ou ao Presidente do STF, pois o critério será rigorosamente o mesmo. Nesta conjectura, a diferença do controle judicial das três instâncias é exclusivamente em relação à competência, não se modificando em razão das preferências pessoais ou arbitrárias.

Nesta primeira hipótese, portanto, a probabilidade de uma liminar de primeira instância ser modificada por qualquer pedido de suspensão seria realmente de apenas 1/3. Em 2/3 dos casos, a liminar seria preservada em seus precisos termos. Neste nosso exemplo, nenhum sentido haveria em se fazer pedidos de suspensão sucessivos aos diversos Presidentes de Tribunal, pois no momento em que o Pedido for negado pelo primeiro Presidente, a

⁷⁶⁹ Devemos destacar que esta premissa é uma suposição necessária apenas para o nosso teste teórico, não tendo sido empiricamente verificada.

posição dos outros dois deverá ser semelhante à da primeira decisão, em razão da nossa hipótese de coerência absoluta.

A probabilidade da liminar ser mantida neste primeiro exame parece ser elevada ($2/3$). Assim, ao ter ciência de uma decisão desfavorável, haveria um grande incentivo a que a agência reguladora revisse administrativamente a conduta impugnada, pois a probabilidade de conseguir reverter a liminar através de pedidos de suspensão seria de apenas $1/3$.

Vamos examinar a questão, agora, do ponto de vista da segunda hipótese. Nesta situação, o sistema judicial é absolutamente incoerente e as decisões são totalmente aleatórias. Ou seja, a cada Presidente de Tribunal que se apresente um novo pedido de suspensão, há uma probabilidade totalmente aleatória de o pedido ser ou não aceito. Nesta mesma hipótese, a decisão de um Presidente do Tribunal em nada influencia a dos outros dois. Ou seja, ainda que o Presidente de um Tribunal tenha indeferido o pedido de suspensão, a probabilidade de o pedido ser deferido por outra instância permanece a mesma.

Note-se que, nesta segunda hipótese, basta que apenas um dos três Presidentes de Tribunal julgue o pedido de forma favorável para que a liminar seja suspensa, o que altera radicalmente a probabilidade de sucesso, se compararmos com a primeira hipótese. Ou seja, na segunda hipótese, a liminar concedida na primeira instância somente será mantida se os três julgadores, Presidente do Tribunal, Presidente do STJ e Presidente do STF, julgarem o pedido improcedente. Se um deles conceder o pedido de suspensão, a liminar será suspensa, ao menos em algum momento do tempo.

Nesta situação hipotética, se o percentual verificado nas decisões do STJ for acompanhado pelos demais Tribunais, a probabilidade da liminar ser mantida por um julgador seria de $2/3$. De ser mantida por dois julgadores seria de $2/3 \times 2/3$, ou seja, de $4/9$, o que equivale a 44,4%. De ser mantida por três julgadores seria de $2/3 \times 2/3 \times 2/3$, ou seja, de $8/27$, o que equivale a 29,6%. Ou seja, dentro da nossa segunda hipótese abstrata, de um sistema jurídico de decisões totalmente aleatórias, a probabilidade da liminar acabar sendo suspensa por pelo um dos três julgadores seria da ordem de 70,4%⁷⁷⁰. Nesta situação hipotética, haveria um grande incentivo para que a agência reguladora tentasse opor sucessivos pedidos de suspensão de liminar, pois a probabilidade de que a liminar será suspensa por algum dos julgadores (70,4%) é consideravelmente superior a de a liminar ser mantida por todas as instâncias (29,6%).

⁷⁷⁰ 100% - 29,6% (probabilidade da liminar ser mantida).

Fazemos este exercício teórico não com a pretensão de identificar se o sistema jurídico nacional é, ou não, íntegro e coerente. É provável que a realidade esteja em algum lugar no meio das duas hipóteses acima referidas. Fazemos esta avaliação para obtermos uma conclusão fundamental. Quanto mais um sistema judicial tende à aleatoriedade, torna-se consideravelmente mais vantajosa a possibilidade de reforma da decisão por algumas das instâncias, ao ponto de ser mais provável que a liminar seja suspensa por algum dos julgadores do que seja mantida até o final do processo. Desta forma, um sistema judicial que não se preocupe com a integridade e a coerência incentivará às agências reguladoras a fazer uso de sucessivos pedidos de suspensão para tentar suspender a liminar que lhe for desfavorável.

Claro que a análise que fizemos até aqui se refere somente aos pedidos de suspensão, ferramenta processual que somente está disponível aos órgãos públicos. Assim, poderíamos imaginar que bastaria limitar a quantidade de pedidos de suspensão possíveis para que o problema seja minimizado. Todavia, postulamos que o verdadeiro problema não é o pedido de suspensão, mas o motivo pelo qual os pedidos de suspensão são necessários. O pedido de suspensão é apenas um sintoma de um problema mais complexo. Também os particulares possuem instrumentos similares para tentar obter provimentos transitórios favoráveis, como, por exemplo, as medidas cautelares para obtenção de efeito suspensivo ativo. Ou seja, se por um lado o poder público possui ferramentas de contracautela, por outro os particulares também possuem ferramentas processuais que lhes permitem obter provimentos jurisdicionais cautelares.

Num exercício de extrapolação, se o problema que verificamos em relação aos pedidos de suspensão for reproduzido em outras áreas do sistema judicial, ainda que em maior ou menor grau, e em não havendo uma preocupação do sistema judicial de se manter íntegro e coerente, é razoável se supor que, de forma análoga, exista um grande incentivo para que também os particulares tentem obter medidas liminares que lhes sejam favoráveis, fazendo igual uso de sucessivas medidas processuais. Desta forma, um sistema judicial que se comporte de uma forma mais próxima à aleatória gerará um grande incentivo para a chamada “guerra de liminares”, ou seja, para a busca de sucessivas medidas de cautela e de contracautela, por ambas as partes de um processo, objetivando gerar provimentos jurisdicionais provisórios. Este problema tende a se agravar quando consideramos a possibilidade de se acrescentar ao caso analisado um maior número de instâncias e recursos. Por exemplo, se considerarmos: que de cada Presidente pode caber recursos para o plenário

ou corte especial, o que duplica as instâncias de decisão; a possibilidade de concessão de efeitos infringentes em embargos de declaração; e, nos Tribunais, a possibilidade de revisão dos atos do relator pela respectiva Turma.

Comentamos anteriormente que o discurso do Direito tende a se apegar ao resultado final da demanda. Ou seja, ainda que liminares possam ser sucessivamente concedidas e cassadas, supõe-se que em algum momento o Judiciário pacificará a questão, e que as liminares eram, portanto, simples decisões provisórias, as quais acabaram, ao final, sendo corrigidas. Todavia, o que postulamos é que o resultado final da demanda pode ser, na verdade, irrelevante do ponto de vista econômico. Se, através das sucessivas tentativas processuais, um determinado agente econômico obtém uma liminar que lhe é favorável, e consegue mantê-la por tempo suficiente, ele pode assumir uma posição econômica de dominância do mercado. Esta posição pode ser tão vantajosa que mesmo a eventual derrota ao final da lide se tornará economicamente irrelevante.

Assim, como síntese do presente tópico, postulamos que um sistema judicial que não se preocupe com critérios de coerência e de integridade possui uma grande probabilidade de incentivar batalhas judiciais por liminares e contracautelas. Postulamos, ainda, que este problema é particularmente preocupante no setor de regulação econômica, ante a possibilidade de a manutenção de uma liminar poder propiciar a um agente econômico uma vantagem competitiva artificial que lhe permita dominar e desestabilizar um determinado setor econômico.

4.2.4. Exame de um Caso: A Discussão da Instrução 480 da CVM

Mark Twain, em sua autobiografia, atribuiu ao político inglês Benjamin Disraeli a autoria da peculiar frase, já incorporada à sabedoria popular: “*There are three kinds of lies: lies, damned lies, and statistics*”⁷⁷¹ (há três tipos de mentiras: mentiras, mentiras malditas e estatísticas⁷⁷²). Talvez nunca saibamos se Disraeli realmente disse esta frase ou se ela é fruto da criatividade literária de Mark Twain. Todavia, ela revela uma cautela que não pode ser desprezada: a de que a estatística, quando utilizada de uma forma pouco comprometida, pode ser um instrumento de distorção da realidade. Por tal motivo, é salutar que achados

⁷⁷¹ TWAIN, Mark. **Autobiography of Mark Twain**. Editada por SMITH, Harriet Elinor. Vol. 1. Berkeley: University of California Press, 2010. p. 228.

⁷⁷² Tradução nossa. Há outras versões da tradução da frase, sendo coloquial a expressão popular que traduz a expressão “*damned lies*” por “grandes mentiras”.

estatísticos sejam cotejados com um exame empírico dos fatos, para a melhor compreensão das questões abordadas.

Um dos casos referidos no capítulo 1, o da Instrução 480 da CVM, de 7 de dezembro de 2009, ilustra de forma apropriada o cenário que descrevemos no item anterior. Para relembrarmos, a Instrução 480 foi um ato editado pela CVM para obrigar que as empresas de capital aberto que operam na bolsa de valores divulguem os salários e bônus pagos aos seus executivos, informando à CVM o valor do maior salário, menor salário e salário médio, valores estes que seriam divulgados publicamente.

A Instrução 480 tinha uma razão de ser em relação a um fenômeno muito particular: a crise financeira norte-americana de 2008. Nos EUA, várias das empresas que tiveram que ser financeiramente resgatadas pelo governo norte-americano distribuíram, no mesmo exercício, bônus bilionários para os seus executivos, gerando uma grande insatisfação na população. Conforme reportagem da CBS, enquanto o governo norte-americano foi obrigado a injetar bilhões para garantir a estabilidade do mercado financeiro, os executivos de *Wall Street* receberiam US\$ 14 bilhões a título de bônus de final de ano. Isto levou o público a fazer a análise de que o dinheiro público que estava sendo injetado nestas firmas estava, na verdade, sendo desviado parcialmente desviado para as contas pessoais dos respectivos executivos⁷⁷³.

Assim, houve um movimento de diversos órgãos reguladores do mundo ocidental para impor a divulgação da estrutura de salários e de bônus pagos aos executivos, conforme recomendação do Comitê Técnico do IOSCO – *International Organization of Securities Commissions* (Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários)⁷⁷⁴. No Brasil, a CVM editou a Instrução 480/2009, obrigando que as companhias abertas que operam em bolsa adotassem o novo padrão de divulgação.

Um exame da legislação aplicável, Lei nº 6.385/1976, parece dar fundamento ao ato normativo da Comissão de Valores:

Art . 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão.

§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários **expedir normas** aplicáveis às companhias abertas sobre:

⁷⁷³ DAVID, Priya. BAILOUT Bonuses For Investment Bank Execs. **CBS News**. *On-line*. 11 fev. 2009. Disponível em <http://www.cbsnews.com/2100-18563_162-4612647.html>. Acesso em 29 jun. 2012.

⁷⁷⁴ TECHNICAL Committee of the International Organization of Securities Commissions, op. cit., p. 742-771.

I - a natureza das **informações que devam divulgar** e a periodicidade da divulgação; [grifos nossos]

Pela leitura do dispositivo legal, verifica-se que o Legislativo delegou à CVM uma atribuição bastante ampla. Por tal atribuição, caberia à CVM expedir normas para dizer quais são as informações que as companhias abertas têm que divulgar. Como já comentamos anteriormente, a noção de que a Lei daria um *standard* de referência se mostra, mais uma vez, falaciosa. A única questão que a Legislação realmente disciplinou é que as companhias abertas teriam que divulgar algum tipo de informação. Todavia, o que se verifica é que a decisão sobre o grau de publicidade que tais companhias deveriam ter, se absolutamente transparentes ou totalmente opacas, acabou sendo atribuição da agência reguladora.

A Instrução 480 trata de diversas informações que devem ser prestadas pelas empresas de capital aberto. A Instrução, em si, é uma norma extensa e técnica. Seu corpo tem 68 artigos. Todavia, o texto da norma é complementado por 32 anexos, totalizando 88 páginas de normas⁷⁷⁵. O ponto central da controvérsia é o Formulário de Referência previsto no anexo 24. O corpo da instrução, notadamente o artigo 24, que cita o Formulário de Referência e remete ao anexo, apenas afirmou que as empresas teriam que enviar um Formulário de Referência, especificando os casos nos quais o formulário deveria ser enviado.

Pois bem, o cerne da discórdia residuiu, na verdade, no próprio Anexo 24, o qual lista o modelo do “Formulário de Referência” e apresenta as informações que deveriam ser preenchidas. O formulário, em si, tem 44 páginas, e determina que as empresas informem algumas centenas de dados. Entre os dados exigidos no anexo, estava o subitem 13.11, o qual assim determinava: “13.11. Em forma de tabela, indicar, para os 3 últimos exercícios sociais, em relação ao conselho de administração, à diretoria estatutária e ao conselho fiscal: [...]”. Na tabela constante do formulário, constavam campos para informação dos seguintes dados: “a. órgão; b. número de membros; c. valor da maior remuneração individual; d. valor da menor remuneração individual; e. valor médio de remuneração individual”. Estas informações posteriormente seriam divulgadas no sítio eletrônico da CVM.

Não é da melhor técnica legislativa e dos ditames de transparência que uma mudança significativa da política governamental seja feita no bojo de um modelo de formulário, constando de um subitem contido no meio do vigésimo quarto anexo, sem qualquer explicação no corpo da norma. É razoável se supor – e aqui estamos fazendo apenas uma

⁷⁷⁵ Texto da Instrução disponível em:

<<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/InstrucaoCVM480.pdf>>. Acesso em 29 jun. 2012.

ilação – que a agência tentou incluir a regra de uma forma discreta, sem deixar tão cristalina a mudança dos requisitos de transparência e publicidade da política remuneratória dos executivos das empresas de capital aberto. E, desta forma, o ato normativo acabou não contendo uma justificativa ou explicação maior sobre a mudança da política. Ainda que se reconheça que, de fato, o formulário em si não exigia informações individualizadas dos executivos, limitando-se a determinar o preenchimento de uma informação geral da empresa, parece-nos que uma mudança desta natureza – que potencialmente feriria os direitos à intimidade – realmente demandaria um ato normativo que expusesse de forma mais clara o propósito da norma.

Em razão da expedição deste ato normativo, o IBEF, Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças, ajuizou em março de 2010, na 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro, uma ação ordinária contra a Comissão de Valores Mobiliários⁷⁷⁶. Nesta ação, o IBEF sustentou, em síntese, a violação ao direito da intimidade dos executivos. Segundo o autor, apesar de reconhecer que a instrução da CVM não determinava a individualização dos salários dos executivos, o seu cumprimento acarretaria o conhecimento preciso dos salários dos Presidentes das empresas. Isto por que, em regra, o maior salário seria, justamente, o do Presidente. Assim, segundo o IBEF, não seria difícil que, a partir da divulgação de tais dados, qualquer interessado pudesse descobrir a remuneração dos presidentes das companhias de capital aberto. Nos dizeres da peça do Instituto autor:

Violadas a privacidade e a intimidade, pois se publica na internet – com acesso ilimitado e ao longo de três anos, na forma determinada pela Instrução da CVM - a remuneração de um indivíduo, coloca-se em risco a segurança dele e de sua família, diante das altas taxas de criminalidade que infelizmente assolam o país⁷⁷⁷.

Além da questão da violação à intimidade, a tese do IBEF sustentava os seguintes argumentos: violação ao princípio da legalidade; abuso do poder regulamentar; violação ao art. 157 da Lei das S.A.; e violação ao princípio da proporcionalidade⁷⁷⁸.

Quanto à violação ao princípio da legalidade, o IBEF alegou que a CVM não poderia criar, por regulamento, uma obrigação que não existia na Lei em sentido estrito. Para isso, o

⁷⁷⁶ Ação nº 2010.51.01.002888-5, distribuída em 02/03/2010.

⁷⁷⁷ Autos da SLS 1.210, p. 55. A tese e a passagem acima foram colhidas diretamente da petição inicial. Todas as informações narradas neste item sobre o caso da Instrução CVM 480 foram obtidas pela consulta direta aos autos judiciais da SLS 1210 e da Medida Cautelar 17.350, em trâmite no STJ. Ambos os processos eletrônicos estão disponíveis através do sítio eletrônico do STJ <www.stj.jus.br>, para consulta por advogados cadastrados.

⁷⁷⁸ Teses extraídas da petição inicial. Autos da SLS 1.210, p. 52-86.

IBEF citou trechos de vários autores doutrinários⁷⁷⁹, sustentando que a criação da obrigação seria um abuso do poder regulamentar, por invadir a competência legislativa.

O IBEF sustentou, ainda, que a divulgação dos salários e vantagens somente poderia ser feita através do pedido de divulgação dos acionistas que detenham, pelo menos, 5% do capital social, na forma do artigo 157 da Lei das S.A. Segundo o IBEF, a Instrução 480, ao determinar a divulgação automática, tornaria este dispositivo legal “letra morta”.

A peça inicial aponta, ainda, a violação ao princípio da proporcionalidade, sustentando que o ato normativo não teria sido proporcional no sentido estrito. Segundo o instituto autor, a vantagem específica do ato normativo não seria compatível com a violação que seria causada aos direitos individuais dos executivos, pois os dados referentes aos salários não influenciariam na decisão dos aplicadores de comprar ou vender determinada ação. Assim, defendeu o IBEF que haveria de se fazer uma ponderação de interesses entre o direito à intimidade e a busca da CVM em conferir maior transparência de informações aos potenciais investidores. Não é de se estranhar que nesta ponderação, para o IBEF, não haveria dúvida de que a garantia individual da privacidade, intimidade e sigilo de dados deveriam prevalecer.

Pelos argumentos acima, o IBEF solicitou a concessão de tutela antecipada para suspender provisoriamente a eficácia do sub-item 13.11, do Anexo 24 da Instrução CVM 480, em relação aos associados do IBEF.

Queremos deixar claro que não estamos preocupados, no presente trabalho, em saber se o instituto autor teria, ou não, razão em seus argumentos, ou se a CVM poderia, ou não, exigir a divulgação de tais dados. Ou seja, não estamos preocupados em nos posicionar em relação aos direitos em disputa. O que queremos analisar é a estrutura do controle judicial. Não estamos absorvidos na tarefa de defender ou rebater as teses apresentadas pelas partes, mas sim, tão somente, verificar com qual referência teórica o julgador procedeu ao controle judicial.

A questão, até aqui, demonstra que a tese apresentada pelo instituto autor demandaria, de fato, uma análise complexa. Primeiro, o julgador teria que efetuar uma profunda reflexão sobre o alcance do poder normativo das agências reguladoras. Ele teria que se posicionar entre as diversas correntes para avaliar se entende que tal poder seria uma delegação ou um poder

⁷⁷⁹ Luís Roberto Barroso, Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e Vicente Ráo.

regulamentar, como alegado pelo autor. Segundo, teria que ponderar sobre valores sociais, comparando a proteção que deveria ser dada à intimidade e a necessidade de se garantir aos pequenos investidores⁷⁸⁰ um maior acesso às informações das empresas que operam no mercado de ações. Em terceiro, ele teria que analisar um ato normativo de mais de 80 páginas, estudar a Lei das S.A. e tentar chegar a uma conclusão se, de fato, o ato normativo teria contrariado à legislação.

Além de analisar a tese autoral, ele teria que ponderar os motivos oferecidos pela agência reguladora, os dados técnicos e estudos apresentados para a criação da norma. Teria, ainda, que se perguntar como a decisão se aplicaria a diversas empresas do setor, cujo rol sequer seria conhecido – pois tal fato dependeria de quais empresas teriam executivos associados ao IBEF. Ele teria que analisar as possíveis repercussões no mercado financeiro e nas operações com as ações, e mesmo se perguntar se a concessão eventual de uma liminar poderia desestabilizar o mercado de ações e causar uma grave lesão aos acionistas e às empresas. Além disso, o julgador teria que ponderar sobre a possível consequência da diferença de tratamento entre as empresas, pois algumas empresas que operam na bolsa teriam que divulgar os salários de seus executivos, enquanto que outras não precisariam cumprir este dever-ser, em razão de um provimento liminar de caráter provisório. Por fim, o julgador teria que ponderar como a sua decisão poderia criar precedentes futuros e influenciar outros julgamentos sobre o tema.

O julgador teria que refletir sobre todas estas questões enfrentando alguns problemas adicionais. Primeiro, ele careceria de precedentes judiciais específicos, pois se tratava de uma tese inédita. Segundo, o tema de operação em bolsa de valores é um tema áspero, o que exigiria uma leitura específica sobre os aspectos técnicos do setor. Como o caso seria julgado por uma Vara Federal não especializada, seria razoável se supor que o julgador teria que se inteirar das especificidades da legislação do mercado imobiliário, pois não é um tema tratado com frequência nos juízos. Seria razoável se imaginar que o julgador tivesse, inclusive, que consultar especialistas para formar a sua convicção. Terceiro, teria que considerar que o setor envolve interesses econômicos expressivos, da ordem de bilhões, e que uma decisão equivocada neste tipo de setor poderia prejudicar seriamente a economia popular.

⁷⁸⁰ Entendemos por pequenos investidores os que possuem menos do que 5% do capital social da empresa, pois os que possuem 5% ou mais podem pedir a divulgação destes dados, por força do art. 157 da Lei das S.A.

Assim, considerando toda a dificuldade de se formar um juízo mental sobre o caso, seria razoável se supor que eventual decisão seria demorada. Todavia, o que se verificou na prática foi um processo distinto. A ação foi distribuída às 16:23 do dia 02 de março de 2010⁷⁸¹. No mesmo dia, o caso foi decidido⁷⁸². Ainda que não se saiba o horário exato no qual a decisão foi assinada, o fato é que, considerando que a distribuição da ação foi feita às 16:23, podemos afirmar que o processo de decisão não levou mais do que algumas horas. Obviamente, a decisão foi tomada sem a consulta à tese da agência reguladora ou a estudos e dados técnicos. Este aspecto temporal já nos dá um indicativo, ainda que não determinante, sobre a qualidade do procedimento de controle judicial feito no caso.

Este é um ponto que gostaríamos de analisar. Ou seja, qual é o referencial teórico, se é que há um, para que casos como os acima narrados sejam decididos pelo Judiciário? Pois bem, a decisão inicia o seu argumento citando o velho adágio do princípio da legalidade, transcrevendo texto da lavra da autora Maria Sylvia Di Pietro:

Segundo o principio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o principio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.⁷⁸³

Em consequência do texto doutrinário acima, a decisão estabeleceu como premissa que a Administração não poderia editar normas legais em confronto com a legislação em vigor, o que, de todo, parece-nos ser a afirmação de um truísmo. A premissa inicial estabelecida pela decisão, em nossa modesta visão, em nada contribuiu para o efetivo controle judicial, salvo na aparência.

Em seguida, a decisão estabeleceu que deveria se aplicar ao caso a regra do art. 152, da Lei nº 6.404/76, a qual, do dizer da decisão, conferiria à assembleia-geral a fixação do montante global ou individual da remuneração dos seus administradores, e a do art. 157 da mesma lei, o qual, na mesma visão, permitiria que cinco por cento dos acionistas requeressem a revelação dos valores pagos aos administradores. Este fundamento, no dizer da decisão, já seria, por si só, suficiente para a formação da decisão.

Para reforçar a sua decisão, todavia, o julgador fez referência à necessidade de proteção à intimidade, cuja argumentação deve ser transcrita, para a melhor análise:

⁷⁸¹ Autos da SLS 1.210, p. 51.

⁷⁸² Ibidem, p. 374.

⁷⁸³ *Apud* Autos da SLS 1.210, p. 372.

No entanto, a par disso, há afronta indevida ao direito à privacidade dos administradores das empresas de capital aberto, em descompasso com a proteção constitucional. Assente-se, aqui, que não se tratam de servidores públicos, cujos valores de remuneração podem ser levados ao conhecimento da população em geral, porque originados de verbas públicas. No caso vertente, são empresas privadas, cuja divulgação da remuneração individual mais prejudica do que esclarece os investidores, vez que há ciência plena do valor global da remuneração das companhias e, em situações tópicas, como as previstas em lei, com a devida fundamentação, podem ser divulgadas informações financeiras individuais.

Adite-se que, em um país com imensas desigualdades sociais e com um alto índice de violência, com a sofisticação dos agentes criminosos, dados financeiros, revelados pela internet, constituem meios de informação que põem em risco não somente os executivos, mas também os seus familiares. O argumento possível de que isso ocorre em outras plagas não é de molde a importar, automaticamente, normas sem a necessária adequação, até porque o nosso sistema é de estrita legalidade e há lei regendo o caso concreto.⁷⁸⁴

Passamos, então, a analisar a estrutura da decisão. Primeiramente, o que se verifica é que a premissa inicialmente estabelecida não foi efetivamente utilizada. A premissa doutrinária inicial era que “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”. A sua aplicação no caso dependeria de se estabelecer qual é o conceito utilizado para o termo lei, ou seja, se a lei é somente o ato do Legislativo, ou se é, também, um ato normativo. Se entendêssemos que o conceito de lei abrange, também, os atos normativos, não haveria violação da premissa, pois, em concreto, a agência estaria cumprindo uma lei, no caso a Instrução 480. Se, por outro lado, o conceito de lei adotado pela decisão fosse restrito às Leis editadas pelo Poder Legislativo, então teríamos que verificar se alguma Lei autorizou que a CVM exigisse tais informações. Como comentamos no início deste item, o inciso I do §1º do art. 22 da Lei nº 6.385/1976 diz competir à CVM expedir normas que abordem as informações que devem ser divulgadas pelas companhias abertas. Ou seja, é possível uma interpretação de que a premissa foi atendida, pois a agência, ao editar a Instrução, fez o que a Lei permitiu. A solução do caso dependeria, portanto, da interpretação da eventual inconstitucionalidade, ou dos eventuais limites, do inciso I do §1º do art. 22 da Lei nº 6.385/1976. Todavia, parece-nos que esta evidente premissa foi simplesmente enunciada como argumento retórico, mas não foi nem devidamente analisada, nem efetivamente aplicada.

Em seguida, temos a segunda parte da decisão, a qual cita dois dispositivos legais: os artigos 152 e 157 da Lei 6.404/76. E após afirmar o óbvio, ou seja, que a Administração tem que cumprir a Lei, adotou como razão de decidir que o ato normativo teria violado essas duas

⁷⁸⁴ Autos da SLS 1.210, p. 378-379.

normas. Para um exame mais aprofundado, é interessante a reprodução dos trechos pertinentes dos dispositivos legais referido pela decisão.

Art. 152. A assembleia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

Art. 157. [...] § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: [...]

c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo;

d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível;

O artigo 152, acima transcrito, contém um dever-ser específico. Ele estabelece que o valor da remuneração dos administradores é fixado pela assembleia-geral. Todavia, ele não trata de uma forma mais evidente acerca da forma de publicidade destes valores. Assim, a sua aplicação ao caso demandaria uma justificativa racional pela qual deveríamos entender que somente o órgão com atribuição para estabelecer o valor da remuneração é que poderia divulgá-lo. Esta justificativa não foi trabalhada na decisão.

Por outro lado, a citação do artigo 157 é particularmente interessante. O comando do artigo 157 trás uma obrigação de divulgação, dizendo que os administradores das companhias abertas estão obrigados a revelar os valores e vantagem que estejam recebendo, quando tal informação for solicitada por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social. Ou seja, o propósito da norma é permitir uma hipótese de divulgação, não de sigilo. A sua interpretação em sentido contrário teria o ônus de justificar os motivos pelos quais esta seria a única e exclusiva hipótese possível de se determinar tal divulgação, explicando particularmente porque a agência reguladora não poderia criar outras hipóteses adicionais nas quais a divulgação da remuneração fosse obrigatória.

Postulamos, todavia, que a citação dos dispositivos legais igualmente não foi utilizada, dentro de um modelo lógico e racional, para a construção da decisão. Os dispositivos foram tão somente citados de maneira formal, eis que a decisão sequer se preocupou em analisá-los ou em fixar a sua correta interpretação. Este tipo de abordagem ignora o fato de que as normas podem adquirir múltiplos significados e interpretações e que, portanto, a adoção de

uma dentre as múltiplas interpretações possíveis trás, em si, o ônus não só da explicação quanto à interpretação que deva ser adotada, mas da demonstração da compatibilidade desta interpretação com a interpretação feita por outras instâncias e julgadores, como comentamos anteriormente.

Em seguida, temos a terceira parte da decisão, que é a que revela a opinião do julgador. Ao que nos parece, até pela relativa extensão, é nesta parte da decisão que, no caso examinado, o julgador efetivamente revelou os parâmetros utilizados para o controle judicial. E esses parâmetros estão intrinsecamente ligados com a visão de mundo do julgador, como veremos.

Primeiro, ele inicia seu discurso partindo da premissa de que “há uma afronta indevida ao direito à privacidade, em descompasso com a proteção constitucional”. Esta premissa, na verdade, é uma petição de princípio, pois já comporta, em si, a solução do caso. Ela embute quatro conclusões: primeiro, que os executivos das empresas de capital aberto têm um direito à privacidade dos seus salários; segundo, que este direito é amparado pela constituição; terceiro, que o ato normativo em exame afronta a este direito; e quarto, que esta afronta é indevida. Ou seja, a estrutura do discurso toma, como ponto de partida, a conclusão. Ela inicia da conclusão para a justificativa, o que, de certa forma, pode revelar a estrutura do pensamento.

Em seguida, o julgador apresenta a sua visão de mundo como forma de construir um discurso argumentativo. Ele afirma que os executivos não são servidores públicos. Se fossem, o valor da sua remuneração poderia ser levado ao conhecimento da população em geral. Ou seja, segundo a sua visão de mundo, a Constituição somente protegeria a intimidade do particular, não a do servidor público. São duas éticas: uma pública, outra privada. A ética privada, nesta visão, não se submete aos mesmos rigores da ética pública. Ainda que seja uma concepção possível, essa visão de mundo teria o ônus de ser justificada e tornada coerente com o sistema judicial. Será que esta visão representa os valores da comunidade política da qual o julgador faz parte, ou representa um pensamento liberal oitocentista? Será que aqueles que aplicam suas economias no mercado de ações não esperariam que as pessoas que administram as suas poupanças individuais se submetessem ao mesmo tipo de transparência das que administram os seus tributos? A captação de recursos da poupança popular no mercado de ações não teria, de certa forma, alguma similitude com a gestão de recursos públicos?

Estes questionamentos são relevantes, principalmente quando levamos em consideração que a captação de recursos pelo mercado de ações se dá não só pelos investimentos diretos daqueles que aplicam em bolsa, mas por todos aqueles que têm seu dinheiro aplicado em fundos de investimento, pelos usuários dos fundos previdenciários privados e por vários empregados, os quais, em dados casos, recebem como parte de seu salário a participação nas ações da sua empresa. E deveríamos considerar, ainda, que eventual sucesso ou insucesso da captação de recursos afeta não só ao grupo de investidores diretamente envolvidos, mas também, de forma indireta, toda a população. No modelo econômico vigente, uma eventual crise no mercado financeiro potencialmente pode afetar toda a vida econômica de uma sociedade. Qual seria a real expectativa destas pessoas em relação ao tipo de controle que deveria ser efetuado sobre a remuneração dos diretores das empresas que operam em bolsa? Seria a visão liberal das duas éticas, uma pública e outra privada, ou uma visão de exigência de maior publicidade e transparência?

Em seguida, há um argumento de retórica, que é peculiar. Para o julgador, a divulgação da remuneração mais prejudicaria do que esclareceria. Depreende-se que, neste contexto, o prejudicaria se refere aos executivos e o beneficiaria se refere aos investidores. A decisão não explica qual o parâmetro utilizado para comparar estes benefícios e prejuízos. Ou seja, não avalia, de forma clara, o que considerou para dizer quem é o mais ou menos prejudicado no conflito de interesses dos dois grupos. Na decisão, o conflito parece ser restrito a disputa entre a CVM e os empresários, esquecendo-se o fato que o beneficiário da norma não é a CVM, e, sim, os usuários do mercado de ações. Este conflito restou simplesmente ignorado.

Imaginemos um exemplo, que não é tão fictício, no qual uma empresa que opera em bolsa faça um dos famosos lançamentos de ação e capte recursos do público, sem revelar que estes recursos captados já estão comprometidos com o pagamento de bônus aos seus executivos. Imaginemos, neste nosso exemplo, que os executivos recebam bônus da ordem de milhões, para, após, anunciar que a empresa encontra-se em situação falimentar. Neste nosso exemplo, qual seria o maior prejuízo: a divulgação do salário do executivo ou a dilapidação do patrimônio de alguns milhares de investidores? O que verificamos é que o real conflito de interesses, que seria entre pequenos investidores e diretores da empresa, acabou sendo ignorado, ou ocultado, no discurso da decisão.

Em seguida, a decisão faz uso de um argumento consequencialista⁷⁸⁵. Ela afirma que num país com imensas desigualdades e com alto índice de violência, a divulgação dos dados financeiros colocaria em risco os executivos e seus familiares. É um argumento racional e persuasivo. Todavia, se tal divulgação coloca em risco a vida dos executivos, pelas mesmas razões colocaria em risco a vida dos funcionários públicos. Por que, então, somente os executivos deveriam ter a sua vida preservada? A decisão não soluciona esta contradição. A outra contradição é que a própria decisão admite que o artigo 157 da Lei das S.A. garante que acionistas com mais de 5% do capital social podem solicitar a divulgação do salário do executivo. Ora, mas se tal divulgação pode colocar em risco a vida dos executivos e de seus familiares, o dispositivo legal do art. 157 da Lei 6.404/76 igualmente deveria ser afastado.

Por outro lado, este argumento consequencialista é meramente especulativo, não se baseando em qualquer evidência empírica. O julgador construiu uma opinião de que a divulgação da remuneração teria como consequência prática o aumento do risco de exposição a atos de criminosos sofisticados. Esta opinião pode ser correta, ou não. Se tal fato fosse verdadeiro, executivos que estivessem listados, por exemplo, no *ranking* de milionários da Forbes teriam um risco maior de ser alvo de atos criminosos. Nesta lógica, celebridades do cinema, da TV e do esporte, as quais têm seus rendimentos e contratos usualmente divulgados pela mídia, também estariam mais sujeitas a atos criminosos do que o restante da população. É um argumento complexo, que dependeria de evidências empíricas.

O argumento parte, portanto, de uma opinião particular do julgador de que criminosos sofisticados não saberiam que os diretores de grandes empresas recebem salários elevados. Ainda que não se descarte que a informação da remuneração do executivo possa ser uma informação valiosa para a determinação, por exemplo, do montante a ser solicitado numa extorsão mediante sequestro, é igualmente razoável se supor que criminosos sofisticados possam ter uma estimativa dos rendimentos da possível vítima pelo padrão de vida levado por ela. E também é lícito se supor que estes mesmos criminosos poderiam planejar e executar ações criminosas ainda que não saibam o valor exato das rendas de suas vítimas. O que se verifica é que o argumento utilizado, ainda que possa ser persuasivo, revela tão somente uma opinião pessoal do julgador, baseada exclusivamente no senso comum.

⁷⁸⁵ Sobre o uso de argumentos consequencialistas em decisões judiciais: MACCORMICK, op. cit., p. 165-195.

Como argumento final, a decisão apresenta um traço ufanista para desconsiderar o fato de medida similar ter sido adotada em outros países, fazendo uma afirmação de cunho quase patriótico:

O argumento possível de que isso ocorre em outras plagas não é de molde a importar, automaticamente, normas sem a necessária adequação, até porque o nosso sistema é de estrita legalidade e há lei regendo o caso concreto.

Este argumento é interessante, e constantemente repetido, como se noções jurídicas elementares fossem uma criação exclusiva brasileira. Pela leitura do dispositivo, a impressão que se tem é que somente no Brasil é que se observa a “estrita legalidade”, como se a noção de legalidade tivesse sido inventada por Rui Barbosa ou pelo Marquês de Pombal. O raciocínio revela uma visão inocente do direito comparado, a qual supõe que os demais países do mundo não debatam questões jurídicas elementares, como o princípio da legalidade. Nesta visão, a estrita legalidade somente seria realmente cumprida em *terrae brasilis*.

Não voltaremos a comentar a questão da aplicação da Lei ao caso concreto, já abordada acima. Mas a noção de cumprimento da estrita legalidade faz supor que o julgador realmente tenha se desincumbido de interpretar concretamente a Lei e justificar a conduta que a regra exige, no caso concreto. Como comentamos, parece-nos que isto não se deu.

4.2.5. Uma Possível Leitura da Estrutura de Argumentação

Não é nosso propósito dizer se a decisão tomada foi ou não correta, nem mesmo analisar se a Instrução 480 deveria ter sido mantida ou suspensa. O objetivo da presente análise é distinto. O que queremos é, através da ilustração de um caso concreto, apontar a possível estrutura da argumentação do controle judicial efetuado. Ainda que se reconheça que a formulação de uma regra geral dependeria de um exame empírico muito mais amplo, comparando-se diversos casos e situações distintas, opinamos que o exame do presente caso contribui para o entendimento da questão que nos propomos a enfrentar, por ilustrar de forma didática a percepção que temos de um problema subjacente.

A decisão acima comentada, apesar de aparentemente contraditória, possui, em sim, um esquema mental de referência teórica, o qual, conforme postulamos, é reproduzido com alguma frequência em alguns dos julgados nacionais. A decisão adota um esquema de duas partes, o qual pode ser assim sintetizado: apresentação de premissas, em regra com citação da doutrina, da legislação ou de precedentes judiciais; e apresentação da argumentação, a qual busca justificar a opinião. Parece-nos que este esquema é ilustrativo e representativo. Ele

aclara uma cultura jurídica que prima por fundamentar as suas opiniões em extratos de doutrina e de legislação como fonte de legitimidade. Nesta cultura jurídica, uma decisão “bem fundamentada” deve apresentar, primeiro, algum argumento de autoridade, transcrevendo o trecho ou de um precedente ilustre, ou de algum manual doutrinário, ainda que as afirmações contidas nestas transcrições sejam desconexas do caso concreto ou que sejam aplicadas fora de seu contexto. Essas transcrições possibilitam destacar algumas máximas de ampla adesão, ainda que seu exame seja superficial e sua interpretação ao caso concreto não seja problematizada. Não há um verdadeiro esforço de compatibilização, pois estas máximas fazem apenas parte de um discurso inicial, não estabelecendo premissas maiores a serem tratadas com rigor lógico num silogismo.

A citação a algum trecho de dispositivo legal do Direito Positivo também faz parte de um esquema conceitual, como forma de se afastar uma possível acusação de ativismo judicial, ainda que a interpretação destes dispositivos não seja problematizada. No caso que analisamos, o dispositivo foi citado não para se debater sobre os seus possíveis significados, ou se estabilizar uma forma geral de interpretação. Os dispositivos foram citados como reforço argumentativo e partiram da suposição de que a interpretação adotada pelo julgamento não só é a única possível, mas é absolutamente evidente. E, claro, esta interpretação já estava alinhada à conclusão. Outros dispositivos legais que não serviriam de reforço argumentativo, ou que enfraqueceriam o argumento, simplesmente deixaram de ser mencionados, pois o esforço é de convencimento argumentativo, não de uniformização de uma interpretação legal.

Esta fase inicial parece ter servido tão somente como um rito de passagem que permitiu que o julgador, então, chegasse à segunda parte do julgado e pudesse desenvolver os reais fundamentos da sua decisão. Como ilustra o caso acima, nesta fase, o julgador já estava à vontade para expressar o que realmente pensa, pois já se desincumbiu do ônus da justificativa de legitimar a sua decisão, por ter citado trechos da doutrina e da legislação na primeira fase.

No caso presente, como apontamos, ao iniciar esta **fase argumentativa**, o julgador já estabeleceu uma premissa a qual continha, em si, a conclusão do caso. Opinamos que isto não seja uma simples coincidência, mas possa realmente revelar a estrutura do pensamento, que parte da conclusão para, em seguida, justificá-la de forma racional. O que se verifica, todavia, é que a fase de justificação foi feita sem um compromisso de compatibilização com outros julgamentos do passado, ou uma preocupação com a necessidade de se compatibilizar com

julgamentos futuros. O que se verificou é que o argumento acabou sendo restrito à expressão da visão de mundo do julgador, sem uma tentativa de se compatibilizar esta visão com um sistema de controle judicial.

Considerando que as visões de mundo podem ser muito singulares, a tomada de decisão com base em premissas do senso comum, sem provas empíricas e sem um suporte teórico mais rigoroso, propicia a formação de diversos julgados em sentidos divergentes. Assim, não nos gera surpresa que decisões baseadas num esquema mental meramente argumentativo propiciem o surgimento de um sistema judicial semelhante ao modelo de decisões aleatórias, já comentado. O compromisso com a integridade do Direito exige um esforço legítimo de diminuição do subjetivismo em prol de um modelo teórico mais sólido.

Feito o exame do problema inicial, e do esquema de fundamentação usado na decisão, é interessante verificarmos a consequência recursal, ou seja, se a decisão liminar obteve, ou não, a adesão dos demais julgadores que examinaram o mesmo caso. Imaginamos ser razoável se supor que uma decisão que seja bem fundamentada, e que espelhe não a opinião pessoal, mas a opinião do sistema judicial, terá uma elevada probabilidade de convencer e cativar outros julgadores do mesmo sistema judicial que tenham que decidir sobre o mesmo caso concreto.

4.2.6. A Sobreposição de Medidas Liminares e de Contracautela

Uma decisão, que, já em sua origem, rompe com o processo dialético, concluindo o seu juízo decisório antes mesmo de citar o réu, acaba por esvaziar a importância de eventual contestação, pois já se sabe que os argumentos de defesa estão praticamente interditados pelo julgador. Não é de se estranhar, portanto, que, neste cenário, a via ordinária acabe sendo preterida pelas instâncias recursais, na busca de provimentos liminares e de contracautela.

Assim, não nos gera qualquer surpresa que, no caso concreto, a CVM tenha feito uso do recurso de agravo de instrumento. O agravo de instrumento foi distribuído à 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo sido apreciado de forma monocrática em relação ao pedido de concessão de efeito suspensivo. Nesta decisão, foi feito um juízo de ponderação somente em relação à grave lesão. O relator ponderou que a manutenção da liminar somente atrasaria um pouco o cumprimento da Instrução CVM 480/2009. Mas a sua suspensão acarretaria, na visão do julgador, o perecimento do alegado direito de não se proceder à referida divulgação no formato imposto pela agência reguladora. Ou seja, a

discussão saiu do campo da análise de qual direito deveria ser preservado, intimidade ou publicidade, e passou para a seara de qual direito seria o mais urgente, ou qual inviabilizaria, ou não, o provimento jurisdicional final⁷⁸⁶.

A partir desta decisão, e antes que o Agravo de Instrumento fosse julgado pela respectiva Turma no Tribunal Regional, a CVM protocolou diretamente no STJ um pedido de suspensão de liminar (SLS 1210). Sobre esta decisão, o Presidente do STJ decidiu que, apesar de todas as alegações trazidas, a CVM não teria provado que a ausência de divulgação imediata dos valores dos rendimentos poderia causar uma grave, iminente e irreparável lesão à ordem, à economia e ao interesse público, o que tornaria inviável a utilização do pedido de suspensão⁷⁸⁷. Desta decisão foi interposto agravo regimental, para a apreciação da Corte Especial do STJ.

Antes do julgamento do agravo regimental pelo STJ, o Tribunal Regional Federal julgou o Agravo de Instrumento. No julgamento do Agravo de Instrumento, o relator decidiu de forma favorável à CVM, no que foi acompanhado pela respectiva Turma. Após terminar o relato processual e a análise das questões procedimentais, o Relator abriu a parte de mérito do seu voto com o seguinte parágrafo:

Em que pesem os argumentos do Magistrado de Primeiro Grau, é possível constatar que o ato regulamentar praticado pela CVM, o qual tem como objetivo regular a prestação de informações junto ao mercado de capitais, encontra amparo legal, considerando-se as disposições previstas na Lei nº 6.385/76, que cuida do mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários⁷⁸⁸.

Trata-se de uma repetição do esquema mental já apontado. Ou seja, o fundamento da decisão começa com a conclusão, a qual acaba sendo usada como premissa para, então, montar-se a justificação.

O acórdão, em sequência, segue o rito de passagem, citando os dispositivos legais envolvidos com o caso, sem o debate sobre as possíveis interpretações dos comandos nele contidos. Como já comentamos, os dispositivos normativos são todos citados como se estabelecessem, de forma cristalina e inequívoca, a verdade apontada pelo julgador. E, de

⁷⁸⁶ TRIBUNAL Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 2010.02.01.002742-8. Decisão de 23/03/2010.

⁷⁸⁷ SUPERIOR Tribunal de Justiça. SLS 1210. Ministro César Asfor. Decisão da Presidência, DJE de 19/04/2010.

⁷⁸⁸ TRIBUNAL Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 2010.02.01.002742-8. Acórdão de 13/07/2010.

forma interessante, apesar de citar basicamente os mesmos dispositivos legais usados pela decisão de primeira instância, o novo julgamento chega a uma conclusão oposta.

Sobre a questão da existência, ou não, do poder normativo da agência reguladora, o Acórdão se limita a afirmar que a Lei nº 6.385/76 atribui à CVM a competência para disciplinar, fiscalizar e desenvolver o mercado de valores mobiliários e que, neste contexto, caberia à ela “expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre a divulgação das referidas informações”. Ou seja, o Acórdão reconheceu que a CVM tem atribuição de expedir normas. Todavia, o que se verifica é que as teses doutrinárias de separação de poderes, doutrina da não delegação e poder regulamentar não serviram como base para qualquer questionamento, no âmbito desta decisão.

Para justificar a não aplicação do art. 152 e 157 da Lei nº 6.404/76, a justificativa legal pode ser resumida à seguinte frase: “não é possível vislumbrar a existência de conflito entre a norma reguladora em questão e o disposto nos artigos 152 e 157 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações)”. Em seguida, a frase é sucedida pela transcrição dos referidos artigos, com a suposição de que a interpretação dos mesmos não só era evidente como inequívoca.

Superado o rito de passagem da citação dos dispositivos legais, a decisão passa a entrar no que já designamos por fase argumentativa. Primeiro, ela afirma que o propósito da norma é dar maior transparência quanto ao formato remuneratório. Em seguida, ela afirma que deveria ser afastado o argumento de que a norma viola o direito de privacidade, pois os valores divulgados não eram individualizados, e, sim os valores mínimo, médio e máximo. Sobre o argumento da questão da violência, apontou que tal argumento seria descabido, pois toda população brasileira, especialmente nos grandes centros urbanos, se encontraria exposta diariamente à violência, independentemente da divulgação de seus ganhos. E que o problema de segurança não decorreria da edição da norma em questão.

Ainda conforme os argumentos do Acórdão, o direito à privacidade dos administradores das empresas de capital aberto não deveria se sobrepor ao interesse público, sendo dever da CVM, como órgão regulador, criar mecanismos que facilitem o acesso pelos investidores sobre as condições de investimento. E que seria relevante a garantia da credibilidade dentro do sistema de mercado de capitais, cujas regras deveriam estar integradas com as existentes no mercado internacional, por vivermos numa economia globalizada. Nesta lógica, segundo este Acórdão, a instrução normativa estaria amparada no princípio do *full disclosure*, que trata da transparência quanto ao amplo fluxo de informações, afirmando não

ter vislumbrado, de forma efetiva, qualquer violação aos princípios da privacidade e da intimidade. Nesta linha argumentativa, a manutenção da tutela antecipada privaria o mercado de valores mobiliários brasileiro da maior transparência das informações e da melhor orientação dos investidores, o que permitiria torná-lo mais eficiente, seguro e, por consequência, mais desenvolvido. O acórdão registrou, como argumento final, o fato da referida instrução ter passado por nove meses de audiências públicas.

Devemos deixar claro que não pretendemos retirar do Direito a força argumentativa. A argumentação é uma técnica eficaz de se gerar uma racionalidade a um processo que, em essência, é subjetivo. Todavia, num período de aproximadamente quatro meses, de 02 de março a 13 de julho de 2010, apontamos que o Judiciário conseguiu emitir quatro juízos de valor distintos sobre a Instrução 480, assim sintetizados:

- Ela feriria o princípio da legalidade e o direito dos empresários à intimidade (decisão monocrática de primeira instância);
- A violação ao direito à intimidade traria uma lesão irreversível, sendo justificável o atraso da entrada em vigor da Instrução 480 (decisão monocrática do Agravo de Instrumento);
- A suspensão do ato normativo não gerou uma grave, iminente e irreparável lesão à ordem, à economia e ao interesse público (decisão da SLS 1210); e
- O cumprimento da Instrução 480 tornaria o mercado de ações mais eficiente, seguro e, por conseguinte, mais desenvolvido, devendo ser imediatamente cumprida (acórdão do agravo de instrumento).

Sem qualquer desmerecimento ao mérito de cada uma dessas posições, as quais possuem algum tipo de argumento racional, o que se verifica é que depois da tese ter sido examinada 4 vezes, por 3 instâncias judiciais, ela ainda não havia conseguido formar um julgamento definitivo, ou mesmo um consenso. Ou seja, apesar da tese ter sido amplamente discutida, o processo sequer estava sentenciado. Esta circunstância implicaria, portanto, no retorno de todo este debate pelas mesmas instâncias, sem nenhum tipo de real avanço na solução da questão, a qual foi solucionada apenas de forma provisória. De fato, como veremos, sequer a disputa de liminares ainda estava resolvida.

Com o julgamento do caso pelo TRF-2, o STJ, em acórdão, julgou que o Agravo Regimental da CVM na SLS 1210 teria perdido o seu objeto. Devemos destacar que até esta questão, perda do objeto da SLS, também gerou um debate na Corte Especial do STJ, originando inclusive um voto-vista do Ministro Luiz Fux, à época ainda Ministro do STJ. Enquanto isto, no TRF-2, o IBEF, autor da ação, fez uso do hoje quase ritualísticos embargos de declaração, os quais geraram um novo acórdão, mantendo as premissas anteriores. Após, seguiu-se o uso simultâneo pelo IBEF dos Recursos Especial e Extraordinário, incidentais ao Agravo de Instrumento. Para conseguir obter o efeito suspensivo nos referidos recursos, o instituto autor ajuizou uma ação cautelar, agora perante a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁷⁸⁹, tendo a liminar da ação cautelar sido indeferida.

Sucessivamente, o IBEF ajuizou uma ação cautelar perante o STJ, MC 17.350, com o objetivo de conseguir obter o efeito suspensivo do Recurso Especial incidental ao Agravo de Instrumento. Nesta Medida Cautelar, o relator, Ministro Castro Meira, em decisão monocrática, decidiu suspender a Instrução CVM 480.

A decisão da cautelar adota um modelo estrutural similar ao já comentado. Ela inicia citando um trecho doutrinário absolutamente amplo, alardeando alguma máxima com pouca pertinência para a efetiva solução do caso. Nesta decisão, a citação referida é de Alexandre Câmara, para afirmar que “o processo cautelar tem a sua instrumentalidade elevada ao quadrado, sendo chamado de ‘instrumento do instrumento’ ”⁷⁹⁰. Com esta citação, a decisão adota a premissa que o STJ poderia conceder procedimentos acautelatórios para assegurar a efetividade de julgamentos de recursos da sua competência.

Inicialmente, a decisão reconheceu que o recurso especial sequer havia sido admitido no Tribunal de origem, o que impediria o conhecimento da cautelar pelo STJ, segundo os precedentes daquele Tribunal. Todavia, na visão da decisão, haveria no caso a “presença de excepcionalidade a justificar o prosseguimento na análise dos requisitos supracitados”. Registramos, todavia, que a decisão não explicitou qual seria a excepcionalidade que estava presente no caso, não expressando um juízo de valor que permita o aproveitamento do julgado para outras decisões futuras, nem a sua compatibilização com os demais precedentes do sistema judicial.

⁷⁸⁹ Ação cautelar nº 2010.02.01.013996-6, TRF-2.

⁷⁹⁰ CÂMARA, Alexandre *apud* SUPERIOR Tribunal de Justiça, MC 17.540, Rel. Min. CASTRO MEIRA, decisão de 11/10/2010, p. 3.

A cautelar foi concedida com dois argumentos principais: a divulgação dos dados esgotaria o objeto do próprio recurso; e não haveria o perigo de dano inverso, pois no futuro a CVM poderia cobrar o cumprimento da norma, caso o recurso da parte adversa não lograsse êxito. Para justificar sua posição, transcreveu parte dos julgados de primeira instância e da decisão monocrática da SLS 1210, no sentido de não haver dano imediato para a CVM.

Bastante evidente que a decisão acima, ao analisar a questão, deixou de analisar o dano que poderia ser causado à coletividade. Parece-nos claro que o dano inverso que deveria ser considerado não é o dano à CVM, pois ela é o órgão regulador estatal, não a beneficiária da norma ou a partícipe do mercado. Postulamos que uma análise honesta de um possível dano deveria ter sido feita em relação aos beneficiários da norma, que seriam os pequenos investidores, ou seja, aqueles que detêm menos de 5% do capital social das empresas. Todavia, esta questão acabou sendo ocultada.

Como resultado, a Instrução 480 acabou ficando suspensa, ao menos em relação aos executivos associados ao IBEF. Obviamente, desta decisão foi interposto o já esperado Agravo Regimental. Até o momento da elaboração da presente pesquisa⁷⁹¹, o Agravo Regimental da Cautelar ainda estava pendente de julgamento, estando concluso com o Relator desde 15 de dezembro de 2010. Igualmente o Recurso Especial incidental ao Agravo de Instrumento ainda não foi julgado.

Interessante perceber que o julgamento do Recurso Especial, que ainda nem se iniciou, também não resolverá a lide, pois toda esta fase processual foi acelerada sem que o processo sequer tivesse sido sentenciado no juízo de origem. Ou seja, toda a discussão terá que ser retomada, desde a instância de piso, até mesmo por que a maioria dos provimentos judiciais, até o presente momento, limitou-se a discutir se a entrada em vigor da Instrução 480 da CVM seria, ou não, urgente. Ou seja, o sistema judicial passou exatamente dois anos e precisou proferir 8 decisões⁷⁹², em três instâncias judiciais distintas⁷⁹³, envolvendo 15 julgadores⁷⁹⁴, simplesmente para decidir, de forma precária e superficial, que a entrada em vigor da Instrução 480 não seria urgente, deixando de definir todas as importantes controvérsias

⁷⁹¹ Última consulta feita em 31 de junho de 2012.

⁷⁹² Decisão liminar de primeira instância; decisão monocrática do agravo de instrumento; decisão monocrática da SLS; acórdão do agravo de instrumento; acórdão do agravo regimental da SLS; acórdão dos embargos de declaração do agravo de instrumento; decisão da cautelar incidental aos REsp e RE, no TRF; e decisão da cautelar incidental ao REsp, no STJ.

⁷⁹³ 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro; TRF-2; e STJ.

⁷⁹⁴ Juiz da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro; 3 desembargadores do TRF-2; Presidente do TRF; Presidente do STJ; Relator da Cautelar no STJ; e mais 8 Ministros da Corte Especial do STJ efetivamente presentes ao debate do AgRg da SLS 1210 na discussão do voto-vista, os quais acompanharam o Relator.

levantadas ao longo do debate. Ao longo de todo este processo de julgamento e disputas de liminares, não se conseguiu a formação de um consenso qualquer do sistema judicial acerca da possibilidade das agências reguladoras editarem atos normativos. Por tal razão, todas as discussões já efetuadas terão que ser retomadas pelas mesmas instâncias judiciais, em novos casos.

Como síntese desta presente parte do trabalho, não estamos interessados em saber se a Instrução 480 deveria, ou não, ter entrado em vigor, ou se o que deve prevalecer é o direito dos executivos à intimidade ou o direito dos acionistas à informação. Tais questões foram abordadas num aspecto meramente ilustrativo, para entendermos o verdadeiro problema exposto.

O questionamento que devemos fazer, a esta altura da análise, é se este tipo de modelo de controle judicial é eficaz e racional. Postulamos que se a dificuldade ora revelada for um sintoma de um problema mais geral, o que nos parece ser o caso, é pouco provável que um sistema judicial que funcione desta forma consiga produzir decisões judiciais íntegras e coerentes. Na medida em que não se consegue estabelecer uma integridade ao sistema, como comentamos anteriormente, parece-nos que há um estímulo justamente para o agravamento do problema, pois a dificuldade de pacificação das questões e a adoção de um modelo mais próximo ao modelo aleatório, como já explicamos, são um forte estímulo para o uso sucessivo de múltiplos recursos, bem como pela busca de decisões judiciais provisórias, que garantam, ao menos, uma vantagem de curto prazo.

Propomos, de forma modesta, que um sistema como o acima narrado necessita de um novo referencial teórico que lhe dê alguma substância e permita que diversos julgadores e instâncias judiciais mantenham, entre si, um mínimo de integridade e coerência, nas acepções do termo já abordadas neste capítulo.

4.3. Uma Proposta de Controle Judicial

4.3.1. Crise e Questionamento do Paradigma

Iniciamos postulando a existência de uma possível crise do Direito. A crise, nesta acepção, não é no sentido de absoluta inoperância, pois o Direito continua sendo um modelo institucional apto a dar algum tipo de solução formal a conflitos sociais. Referimo-nos a crise no seu sentido *kuhniano*, para expressar um período de mudança e de questionamento do paradigma. Usamos o termo “paradigma” na definição proposta por Kuhn, expressando o

conjunto “[d]as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁷⁹⁵, questão esta já abordada na Introdução deste trabalho.

O problema na construção do discurso judicial já era uma preocupação de Piero Calamandrei, em obra intitulada “A Crise da Justiça”⁷⁹⁶, a qual remonta, na verdade, à primeira metade do século XX⁷⁹⁷. Já naquele momento, Calamandrei questiona se seria “realmente certo que o jurista é um lógico puro”, estimulando que os estudantes verificassem “se é verdade que a sentença se esgota na pura lógica, no denominado ‘silogismo judicial’, ou se, pelo contrário, o elemento determinante, ainda que invisível, não é com bastante frequência o sentimento”⁷⁹⁸.

Para ilustrar o problema exposto, Calamandrei fez uso da referência a um processo judicial no qual havia pessoalmente atuado, o qual, pela sua peculiaridade, vale a pena ser registrado. No caso, discutia-se o vício redibitório relativo à compra e venda de um cavalo de corrida. O comprador pretendia a anulação da venda, argumentando que o cavalo tinha o vício oculto de ser mordedor. O trecho peculiar registrado por Calamandrei refere-se à manifestação do Ministério Público italiano em sua exposição oral, no julgamento do recurso do comprador:

Sei, por experiência, quão perigosos são os cavalos mordedores: faz muitos anos, enquanto subia com meu filhinho em uma carruagem de aluguel, o cavalo lhe cravou os dentes em um braço deixando-o meio desmaiado de dor e de medo. A lei deve ser rigorosíssima contra os cavalos mordedores!⁷⁹⁹

Este trecho anedótico de Calamandrei revela uma característica da experiência humana que não pode ser desconsiderada. As pessoas, e, portanto, os julgadores, tendem a avaliar o mundo conforme as suas experiências pessoais. A simples referência ao “cavalo mordedor” foi suficiente para relembrar uma experiência pessoal bastante negativa, o que fez o membro do Ministério Público italiano concluir que, no caso, a lei deveria ser aplicada de forma rigorosíssima, mesmo sem considerar que quem estava em julgamento não era o “cavalo mordedor”. Como as experiências pessoais são absolutamente distintas, um sistema judicial que se baseie no que os julgadores sabem “por experiência” está fadado a ser contraditório. Por tal razão, os praticantes do Direito necessitam de referenciais teóricos que

⁷⁹⁵ KUHN, op. cit., p. 13.

⁷⁹⁶ CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

⁷⁹⁷ Calamandrei faleceu em 1956.

⁷⁹⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 15.

⁷⁹⁹ Ibidem, p. 17.

permitam uma análise menos pessoal e emotiva dos casos que lhes são submetidos, sem o qual a aplicação do Direito tende à arbitrariedade e aleatoriedade.

Horácio Rodrigues também discute a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e de seu ensino. Segundo Rodrigues, o ensino do Direito se daria na exposição de uma suposta dualidade entre jusnaturalismo e positivismo. Todavia, para o autor, ambas as visões de mundo seriam insuficientes para fundamentar uma verdadeira práxis jurídica no mundo contemporâneo, a qual não pode ser solucionada nem pela exclusiva aplicação de normas legais, nem pela busca de ideais transcendentais e metafísicos. Desta forma, o positivismo e o jusnaturalismo estariam dando os “últimos suspiros” como forma explicativa da realidade social⁸⁰⁰.

Ao comentar sobre a possível prevalência do ideal positivista, Rodrigues aponta que os avanços da teoria da linguagem demonstram a impossibilidade de uma unidade de leitura das próprias normas estatais. Segundo o autor, a própria psicanálise corrobora a influência do inconsciente na leitura e interpretação jurídicas, inviabilizando a pretensão a um mundo jurídico unívoco⁸⁰¹. Devemos destacar o seguinte trecho de Rodrigues, o qual, pela sua importância, merece a reprodução:

Na área jurídica há ainda um *idealismo primário*. Analisando-se a produção existente pode-se constatar que mesmo o que se chama de *positivismo* não possui bases empíricas efetivas, pois fala apenas em nome de dogmas legais, muitas vezes sem legitimidade e eficácia sociais. Toda a lógica do direito vigente e seu conhecimento estão assentados nos *pré-conceitos* (ou preconceitos) do liberalismo e do cientificismo nascidos no século XVIII⁸⁰².
[grifos do original]

Lenio Streck também concorda que há uma crise de paradigma do Direito e da dogmática jurídica, a qual atinge diretamente o Judiciário e outras instâncias de administração da justiça. Streck registra a existência de um hiato entre a concepção de Direito do Estado Liberal e do modelo que busca a sua superação, problema este que seria agravado em países que entraram tardiamente no modelo do Estado Democrático de Direito. A consequência seria a crise do paradigma liberal-individualista-normativista. Para Streck, a dogmática jurídica lida com os problemas contemporâneos através do que ele designa por “fetichização do discurso

⁸⁰⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Direito Errado que se Conhece e Ensina: A Crise do Paradigma Epistemológico na Área do Direito e seu Ensino in FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). **A Crise do Conhecimento Jurídico: Perspectivas e Tendências do Direito Contemporâneo**. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 93-107.

⁸⁰¹ Ibidem, p. 108.

⁸⁰² Idem, p. 109.

jurídico”, ou seja, pelo uso de um discurso dogmático para a ocultação das condições de produção do sentido do discurso. A lei passa a ser vista como uma “lei-em-si”, abstraída das condições de produção que a engendraram⁸⁰³.

Ainda segundo Streck, o discurso jurídico seria, então, engendrado como um discurso universal, natural e óbvio, um discurso-lei que não é percebido como lei. Este discurso seria baseado numa ideosfera, composta de ideias-frases e de argumentos-fórmulas, a qual ignora todo o argumento à margem como se fossem desvios. A formação deste senso comum teórico, para Streck, estaria relacionada, entre outros fatores, ao processo de aprendizagem das faculdades de Direito, o qual simplifica o ensino jurídico a partir da construção de *standards* e de lugares comuns, repetidos nas salas de aula e, posteriormente, reforçados nos cursos de preparação para os concursos públicos⁸⁰⁴.

Em sentido similar, Roberto Freitas Filho sustenta que a realidade jurídica atual possui semelhanças a uma situação de superação paradigmática. Para o autor, o Direito vive um momento no qual as anomalias estão constantemente presentes, de forma crônica, reveladoras da incapacidade do saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos. Assim, a realidade para a qual são preparados os atores jurídicos parece não existir. Por um lado, a tradição do pensamento jurídico ocidental teria sido conformada para uma realidade sócio-econômica de matriz liberal. Todavia, o ator jurídico se depara, na realidade, com o enfrentamento de problemas como questões macroeconômicas, novos direitos, globalização econômica e a perda da capacidade normativa do Estado-nação⁸⁰⁵.

Para Roberto Freitas, a crise do Direito estaria associada à crise do Estado, sendo apresentada pela “progressiva deterioração da organicidade do sistema jurídico”. Esta crise se manifestaria através da instabilidade do Direito Positivo, da insegurança jurídica e da perda de confiança nas soluções normativas, o que acabaria expressando a perda da legitimidade do próprio Direito⁸⁰⁶.

Autores como Gustavo Binbenbom e Diogo de Figueiredo exploram a questão do ponto de vista específico do Direito Administrativo, igualmente concordando com a hipótese de estarmos diante de um período de exaustão do paradigma, conforme as premissas

⁸⁰³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 111-113.

⁸⁰⁴ Ibidem, p. 95-97.

⁸⁰⁵ FREITAS FILHO [2003], op. cit., p. 44-47.

⁸⁰⁶ Ibidem, p. 47-48.

kuhnianas. Binenbojm postula que o Direito Administrativo encontra-se em um momento de crise do paradigma, caracterizado pelo descrédito das antigas premissas teóricas. A consolidação de um novo paradigma, todavia, dependeria da capacidade das novas teorias em emergência de conseguirem gerar consensos, com alguma pretensão de estabilidade, no âmbito da comunidade científica⁸⁰⁷. Diogo de Figueiredo defende, por sua vez, a necessidade de adaptação do Direito Administrativo a dois “mega-princípios juspolíticos da pós-modernidade”, que são os direitos do homem e a democracia substantiva⁸⁰⁸. Apontando a existência de um período de mutação, Diogo de Figueiredo registra que um dos aspectos mais significativos do novo paradigma, em relação ao Direito Administrativo, é a busca da eficiência e da legitimidade pelo resultado⁸⁰⁹.

Concordamos com todos os autores acima referidos, no sentido que o paradigma hoje estabelecido na cultura jurídica apresenta sinais de exaustão, possivelmente aproximando-se de um momento de superação, num processo similar à revolução científica descrita por Kuhn. Entendemos, ainda, que a pretensa dualidade entre positivismo e jusnaturalismo não mais consegue apresentar estruturas teóricas aptas a explicar os problemas verificados na prática jurídica. Concordamos, ainda, que a cultura jurídica hoje reproduzida está arraigada por conceitos liberais do século XVIII, questão que já tivemos a oportunidade de examinar nos capítulos anteriores. Todavia, a prática jurídica tem a evidente dificuldade de solucionar os problemas contemporâneos dentro destas categorias jurídicas liberais-individualistas. Postulamos, por fim, que apesar da inadequação dos modelos gerais hoje estabelecidos, parece ainda não haver nos praticantes do Direito um consenso mínimo que permita o surgimento de um novo paradigma, capaz de lidar com os problemas contemporâneos.

Não pretendemos, neste modesto trabalho, solucionar o problema de todo o Direito. Pretendemos, tão somente, apresentar uma proposta inicial de um referencial teórico para a elaboração de decisões judiciais aplicáveis ao caso específico do controle do poder normativo das agências reguladoras, o qual, esperamos, poderá ser aperfeiçoado pela sua aplicação prática e por novos trabalhos de pesquisa neste campo.

Tampouco ambicionamos, com a apresentação deste referencial teórico, que o julgador, em seu processo decisório, atenha-se exclusivamente a operações lógicas, como se o Direito pudesse ser restringido a fórmulas matemáticas, a processos exatos ou a uma

⁸⁰⁷ BINENBOJM [2008], op. cit., p. 29.

⁸⁰⁸ MOREIRA NETO [2008], op. cit., p. 17-29.

⁸⁰⁹ Ibidem, p. 30-31.

linguagem unívoca. Também não defendemos a noção da existência de uma única decisão “correta”. Todavia, opinamos, de forma modesta, ser possível a formulação de uma contribuição teórica que permita que o julgador enfrente estas novas questões dentro de categorias jurídicas que sejam mais próximas dos problemas contemporâneos.

4.3.2. Substituição do Modelo Argumentativo pelo Modelo Analítico

O primeiro conceito que propomos é que a decisão judicial, no lugar de tentar apresentar um discurso argumentativo, objetive formular um exame analítico do caso, a partir de um referencial teórico que possa ser aceito de forma mais geral pelos praticantes do Direito.

Entendemos por decisões argumentativas as decisões formuladas no esquema descrito no item 2. Ou seja, decisões que partem de uma conclusão, às vezes falsamente apontada como premissa, para, então, buscarem justificar de forma argumentativa as suas conclusões.

A nossa proposta é a substituição deste esquema mental pela formulação de sucessivos testes analíticos, divididos em fases e etapas relativamente mais simples, sem um compromisso antecipado com a solução do problema. A aplicação dos sucessivos testes minimiza o desgaste emocional do julgador de ter que decidir mentalmente uma questão complexa, para, então, ter que produzir um argumento que justifique o que já decidiu.

O exame analítico permite que a questão seja estudada passo a passo, sem que as etapas do raciocínio tenham que ser abreviadas pela busca da solução. Como cada parte do problema é analisado sequencialmente dentro de aspectos mais específicos, o problema inicial, que pode parecer complexo, acaba sendo dividido em sucessivas etapas mais simples. Como o raciocínio está encadeado, a sua demonstração se torna, também, mais clara.

Por outro lado, a força de convencimento da decisão passa a não depender somente do poder dos argumentos utilizados, mas se fortalece, na verdade, pela própria aceitação da adequação dos testes realizados. A partir do momento em que se formula um consenso mediano acerca de quais são os testes aceitos pelos praticantes do Direito, consenso este que pode ser obtido de forma mais geral, sem a necessidade de adesão a uma ou outra tese de mérito, as diversas decisões judiciais que sejam adotadas por distintos julgadores tendem a convergir, sendo mais fácil a sua comparação, pois feitas sobre uma base teórica que se comunica. Decisões que adotam como ponto de partida premissas que são totalmente distintas

entre si não conseguem ser comparadas, não permitindo sequer uma tentativa de compatibilização, ou mesmo de diálogo.

Registramos que este modelo está parcialmente inspirado na experiência norte-americana. Não que se pretenda uma importação acéfala do ordenamento jurídico estrangeiro. Todavia, a observação da forma pela qual o controle judicial é descrito pelos praticantes daquele sistema jurídico revela, em si, uma racionalidade, a qual pode ser parcialmente aproveitada ainda que se reconheça a distinção entre ambos os sistemas.

Por fim, apontamos que o modelo ora apresentado foi imaginado para o caso específico do controle do poder normativo das agências reguladoras. Não temos a pretensão, portanto, à universalização do presente modelo para a inclusão de outras hipóteses. Apontamos, ainda, que o modelo adota como premissa básica que as agências reguladoras possuem poder normativo, e que tal poder caracteriza o exercício de uma função legislativa, por delegação. Sem que se aceite tal premissa, não faz sentido o prosseguimento do controle. Eventual discordância quanto a esta premissa fundamental que ora adotamos implica, na verdade, que a discussão seja resolvida pela adesão a uma das correntes e doutrinas discutidas no capítulo anterior.

4.3.3. Análise do Procedimento para a Elaboração do Ato Normativo

A primeira fase do exame ora proposto é a análise do procedimento utilizado pela agência reguladora para a elaboração do ato normativo. Não estamos, aqui, falando do procedimento processual judicial, questão que não é abordada no presente esquema teórico. A presente proposta diz respeito ao exame do procedimento utilizado administrativamente pela agência reguladora para a elaboração do ato normativo.

Para tal, nos inspiramos nos três passos referidos na lei de procedimentos administrativos norte-americana, a APA – *Administrative Procedure Act*. Não estamos defendendo, todavia, a aplicação direta da APA ou da doutrina do *hard look* no Brasil. O que postulamos é que esta legislação revela um esquema racional interessante, que pode ser aproveitado pelo nosso ordenamento jurídico.

Assim, esta primeira fase do teste seria dividida em três etapas, as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma: a agência reguladora, para iniciar um procedimento regulatório, deve justificar a necessidade do ato, fazendo uso de estudos e de dados técnicos; deve permitir que eventuais interessados contradigam as premissas adotadas e apresentem

estudos próprios e outras manifestações; por fim, deve explicar tecnicamente porque adotou a posição final, ao decidir a questão e expedir o ato normativo.

Temos que esclarecer que não estamos, aqui, adotando uma visão inocente de que os atos das agências reguladoras serão sempre técnicos. Na verdade, adotamos como premissa que as agências reguladoras efetivamente decidem sobre questões políticas e, por tal razão, devem ser controladas. Ocorre que a justificativa da existência das agências reguladoras é que elas são órgãos especializados da tecnocracia, supostamente com elevado conhecimento técnico especializado. Logo, é legítimo se esperar que os atos normativos por ela editados estejam baseados em algum suporte teórico e na verificação empírica. Isto é o que as distingue do Parlamento. Os agentes políticos do Parlamento obtêm a sua legitimidade pelo processo eleitoral, o que lhes permite a elaboração de uma nova Lei baseada em critérios exclusivamente políticos. Todavia, a legitimidade das agências reguladoras é assegurada pelo conhecimento técnico e especializado e pelo debate democrático. Assim, é razoável a exigência de que eventual decisão de se editar uma norma não seja baseada num juízo exclusivamente político.

Pelos motivos acima, parece-nos que os atos normativos das agências devem estar embasados, ou serem reforçados, por estudos técnicos e empíricos que demonstrem a sua viabilidade e adequação. Por tal razão, propomos que a primeira etapa de qualquer controle judicial de um ato normativo expedido por uma agência reguladora deva iniciar com a solicitação da apresentação dos estudos e dados técnicos que deram origem ao ato normativo em questão.

Voltando ao nosso exemplo, seria legítimo, por exemplo, exigir-se que a CVM apresentasse os estudos técnicos que subsidiaram a decisão de se editar uma norma para dar publicidade aos salários dos executivos. Não bastaria, portanto, que a CVM simplesmente opinasse que esta medida era necessária. Por ser um órgão tecnocrata, ele teria que apresentar fundamentos empíricos que demonstrassem que a divulgação de tais dados realmente poderia tornar o sistema do mercado de ações mais eficiente e seguro. Se, por outro lado, tal decisão foi adotada sem qualquer estudo ou referencial teórico ou empírico, então estamos diante de um ato arbitrário, o qual poderia ser suspenso judicialmente.

A segunda etapa do teste é a verificação da garantia do contraditório aos demais interessados. Nesta fase, o julgador deve analisar se agência permitiu que terceiros interessados produzissem estudos e manifestações que se contraponham às premissas por ela

adotadas. E se deu a devida publicidade dos estudos e dados que fundamentaram a decisão de se editar o ato normativo.

Há, portanto, duas questões a serem avaliadas nesta etapa. A primeira, diz respeito à publicidade. A agência reguladora tem um ônus de dar publicidade aos estudos e dados utilizados para se editar eventual ato normativo⁸¹⁰. A segunda é a possibilidade de participação de interessados. A agência tem que garantir que pessoas interessadas possam apresentar outros estudos e visões que se contraponham às premissas iniciais adotadas pela agência, e mesmo apresentar propostas alternativas de edição de atos normativos.

Este processo dialético assegura a legitimidade democrática e, de certa forma, garante que eventuais decisões técnicas serão ao menos debatidas com os interessados diretos. A partir do momento que o controle judicial assegure esta participação, e esta etapa seja levada a sério pelo Poder Público, haverá um incentivo para que agentes econômicos e setores da sociedade civil interessados na questão se organizem e apresentem as suas propostas. É uma forma, portanto, de se solucionar a questão do suposto déficit democrático das agências e da sua possível captura por setores específicos.

A concepção de democracia que adotamos é similar à descrita por Amartya Sen, ou seja, é a de um “governo através da discussão” (*government by discussion*), não se confundindo com o simples sufrágio popular⁸¹¹. Partindo desta concepção, entendemos que o fator mais importante para a legitimidade democrática das agências reguladoras não é a simples eleição dos seus titulares por alguma forma de sufrágio popular. A legitimidade democrática das agências é assegurada pela garantia do direito dos diversos setores da sociedade civil de serem ouvidos; pela possibilidade de discussão pública dos temas de interesse da sociedade; e pelo dever do Estado de justificar publicamente seus atos. Assim, deve a decisão judicial, nesta etapa, verificar se a agência reguladora garantiu aos interessados a possibilidade de debater publicamente o ato normativo em lide. A justificativa, neste ponto, é a necessidade de se verificar a legitimidade democrática do ato normativo em questão.

Ainda nesta etapa o julgador deve avaliar outros requisitos procedimentais específicos da legislação da agência, como a previsão legal de realizar audiências públicas, de respeitar

⁸¹⁰ Esta questão, no momento atual, encontra-se disciplinada pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

⁸¹¹ Cf. SEN, op. cit., cap. 15.

determinados prazos legais e outros requisitos formais para a edição do ato. Todavia, nesta etapa, o exame é meramente procedimental, sem a discussão do mérito da regulação.

Na terceira etapa desta fase, o julgador avaliaria se a agência reguladora efetivamente analisou as manifestações das partes interessadas e se justificou a sua decisão final. Nesta etapa, não se está discutindo se a decisão final da agência reguladora foi adequada ou não. O exame se restringe, por ora, a saber se a agência se desincumbiu do ônus de examinar tecnicamente as manifestações a ela apresentadas.

Neste ponto, deve-se exigir que a agência efetivamente analise tecnicamente as propostas dos interessados e justifique a sua eventual adoção ou rejeição. Trata-se de uma etapa que visa garantir a real efetividade da participação de interessados. Não adianta, por exemplo, que a agência reguladora realize audiências públicas para, depois, editar um ato normativo ao seu bel prazer. Todas as intervenções de terceiros devem estar devidamente registradas, para facilitar o controle judicial, e devem ser efetivamente estudadas e avaliadas, inclusive por estudos técnicos. O ato normativo final deve ter uma justificativa técnica tanto para a adoção da solução normativa da sua redação final como para a não consideração de todas as propostas alternativas.

Por outro lado, aquele que deseje impugnar um ato normativo da agência também deve ter o ônus de apresentar dados empíricos que corroborem a sua tese. A ausência de tais estudos deve militar em favor da agência. Como estamos falando de grupos de expressivo poder econômico, é razoável se supor que tais grupos possuem recursos suficientes para produzir estudos técnicos de seu interesse.

Assim, no nosso exemplo, o IBEF alegou que a divulgação dos dados solicitados pela CVM colocaria em risco a segurança dos executivos e de suas famílias. Este argumento dependeria de demonstração empírica. Ou seja, o IBEF teria que fundamentar esta alegação com estudos técnicos ou acadêmicos que corroborem esta afirmativa.

Não estamos afirmando que os estudos da CVM ou dos interessados serão totalmente isentos e imparciais, ou mesmo que se possa concluir tecnicamente sobre premissas morais. Todavia, o propósito desse sistema é excluir argumentos absolutamente desprovidos de evidência empírica. Como, em geral, os interesses dos diversos setores em torno de determinado ato normativo se contrapõe, a existência de diversos estudos, que analisem a

questão sob focos distintos, facilita a adoção de uma decisão racional, diminuindo a possibilidade de adoção de um argumento emocional ou meramente especulativo.

Apontamos que, nesta fase inicial, o exame da questão será meramente procedimental. Esta primeira avaliação serve para determinar se a agência se desincumbiu do ônus técnico de fundamentar a sua decisão, ou se o ato em questão é arbitrário. Havendo um problema procedimental, o juízo pode simplesmente decidir que a agência refaça a parte do procedimento julgada equivocada, ou que tome providências adicionais para garantir a regularidade do procedimento.

4.3.4. Análise do Ato Normativo

A segunda fase do exame é parcialmente baseada nos dois passos da doutrina Chevron, comentada no capítulo anterior. Nesta fase, o julgador passa a se preocupar com o conteúdo, em si, do ato normativo.

A primeira etapa do exame é verificar se há um espaço normativo a ser regulado pela agência. Não temos aqui a pretensão de esgotar todas as possibilidades de interpretação de uma norma. Todavia, o que apontamos é que, nesta fase, o julgador deve avaliar as normas aplicáveis ao caso, analisar o bloco de legalidade⁸¹² e tentar verificar se há espaço, no ordenamento, para a elaboração do ato normativo em questão. Para tal, poderá utilizar os recursos de hermenêutica comumente aceitos pelos praticantes do Direito.

Feita a análise do bloco de legalidade, o julgador deve verificar se a conduta a ser desenvolvida, no caso concreto, já está satisfatoriamente descrita e enunciada pelas Leis de hierarquia superior, ou seja, pela Constituição e pela Legislação em sentido estrito. Se a conduta em concreto já estiver definida e enunciada casuísticamente pelas normas aplicáveis, o julgador deve avaliar se é possível se compatibilizar a conduta determinada pelo ato normativo editado pela agência reguladora com a conduta determinada pelas leis de hierarquia superior. Se as condutas concretas forem incompatíveis, o ato normativo da agência será ilegal ou, se for o caso, inconstitucional. Se as normas aplicáveis não definem de forma casuística e descritiva a conduta concreta esperada, ou se a norma permite múltiplas condutas alternativas, a depender da interpretação, então passamos à etapa seguinte do teste.

Ainda nesta primeira etapa, o julgador avaliará se a Legislação realmente delegou à agência reguladora a atribuição para editar atos normativos ao caso concreto. Por se tratar de

⁸¹² Tratamos do bloco de legalidade no item 3.9.5.

um ato executado por delegação, a atuação da agência deve estar expressamente autorizada pelo Legislativo. Assim, nesta etapa, o julgador deve avaliar se há uma Lei editada pelo Parlamento que autorize, ainda que em linhas gerais, o exercício do poder normativo na hipótese concreta em julgamento.

No exemplo da CVM, como vimos, havia uma Legislação que expressamente previa a possibilidade de a agência editar normas para estabelecer quais dados deveriam ser divulgados. Por outro lado, o exame da legislação aplicável não parecia descrever qual seria a conduta que, no caso, seria concretamente esperada. A Lei das S.A. previa uma possibilidade de divulgação dos salários dos executivos, mas não deixava claro se tal fato excluía a criação de outras hipóteses nas quais poderia ser exigida a divulgação dos salários dos executivos. Por outro lado, o princípio da preservação à intimidade, ainda que relevante, não deixa claro qual seria a conduta concreta esperada na hipótese em exame. Assim, no caso da CVM, parece-nos que teríamos que seguir para a próxima etapa do teste.

Pois bem, na segunda etapa do exame, já admitimos a premissa que os atos normativos de hierarquia superior ou não definem claramente qual a conduta deveria ser desenvolvida no caso concreto, ou admitem múltiplas interpretações. Neste caso, o julgador não precisaria definir qual deveria ser a conduta eleita, dentre as diversas condutas possíveis. Tal qual no caso Chevron, o exame, nesta etapa, restringe-se a verificar se a opção de conduta adotada pela agência reguladora, dentre as diversas opções possíveis, era lícita e plausível.

Nesta etapa, o julgador pode levar em consideração os diversos estudos apresentados pela agência e pelas partes interessadas. Não é necessário que o julgador decida qual estudo é o correto. Sua atuação pode se restringir a avaliar se a posição adotada pela agência é plausível. A intervenção judicial somente é necessária se restar demonstrada uma das seguintes hipóteses: que o ato é arbitrário, ou seja, desprovido de fundamentação técnica; que o ato exige uma conduta concreta que é vedada pela Lei; que a interpretação da legislação efetuada pela agência é ilícita; ou que as premissas adotadas pela agência são manifestamente implausíveis.

Aqui, fazemos uma breve advertência. Os praticantes do Direito devem diminuir as suas expectativas quanto ao papel do julgador. No mundo complexo atual, não é razoável esperar que os julgadores possam decidir sobre todas as questões não jurídicas que lhes são apresentadas. Infelizmente, impomos aos julgadores que os mesmos decidam pela manhã sobre o crédito de IPI, à tarde sobre a pensão previdenciária e à noite sobre o mercado de

ações. Temos que compreender que a possibilidade do julgador decidir bem sobre matérias técnicas e complexas, que exijam conhecimento especializado, deve ser bastante relativizada. Não é razoável imaginar, por exemplo, que o julgador irá analisar todos os estudos técnicos das partes interessadas e decidir qual dentre as diversas condutas possíveis é a conduta correta. Isso é esperar de pessoas qualidade quase divinas de onipresença e onisciência. Temos que reconhecer, portanto, que a capacidade humana de conhecimento é, por essência, limitada.

Feitas estas advertências, o julgador não precisa, nesta segunda etapa, ter o ônus de decidir, dentre as diversas condutas possíveis, qual a conduta seria a mais correta. O papel do julgador deve ser mais modesto e realista. O seu papel é o de fazer um contraponto ao poder das agências reguladoras, evitando que as mesmas atuem de forma arbitrária e autoritária. Mas ele não precisa decidir se determinado remédio pode ou não ser comercializado, o número de linhas aéreas que pode haver em um aeroporto, como deve ser feita a manutenção de uma plataforma de petróleo, quantas células deve ter um feto para ser considerado um ser vivo, como deve funcionar o mercado de ações ou quanto de amendoim deve conter a manteiga de amendoim. Para isso, a sociedade dividiu o seu trabalho por especialistas das mais diversas áreas do conhecimento humano. Nós, praticantes do Direito, devemos ser mais modestos e assumirmos que não temos conhecimento suficiente para termos opinião sobre tudo. Ou seja, às vezes, para não dizer na maioria dos casos, devemos assumir que simplesmente não sabemos.

Portanto, entendemos que, nesta etapa, que se refere à verdadeira decisão quanto à política pública, o papel do julgador deve ser mais modesto. Se há diversas condutas possíveis, ele não deve simplesmente substituir a opinião das agências reguladora por sua própria opinião. Postulamos que, nesta etapa, a tarefa do Judiciário é definir se, dentre as diversas condutas que poderiam ser exigidas, no caso concreto, a opção que foi feita pela agência é plausível e lícita. Caso a resposta seja sim, ou pelo menos talvez, ele deve manter o ato, por três justificativas: primeiro, por que se passamos pelos testes anteriores, isto significa que o ato normativo da agência foi tecnicamente estudado e longamente debatido com os setores da sociedade que seriam interessados; segundo, por que o ato revela a opinião de especialistas da área, os quais, ainda que possam incorrer em erros, como qualquer ser humano, possuem um conhecimento técnico sobre os seus respectivos campos de saber superior ao dos juristas; terceiro, porque é a agência reguladora, e o Chefe do Executivo, que serão democraticamente responsabilizados no caso do insucesso da política pública.

4.3.5. Decisão Quanto à Manutenção ou Suspensão do Ato

Esta terceira fase somente é aplicável se tiver sido verificado um problema nos testes anteriores. Se o ato tiver passado pelos testes das duas outras fases, o exame está concluído. A terceira fase somente é necessária se o julgador verificar um problema com o procedimento ou com o mérito do ato.

Nesta terceira fase, o julgador deve tomar uma decisão. Ele pode suspender o ato normativo, se a violação for flagrante e não puder se ajustada; ou ele pode manter provisoriamente o ato, mas determinar que a agência corrija algum dos problemas verificados nos exames anteriores.

A questão, aqui, se assemelha à possibilidade dos Presidentes de Tribunal de suspenderem uma liminar para evitar uma grave lesão à ordem pública, conforme previsão do artigo 4º da Lei nº 8.437/92. A extensão desta possibilidade ao julgador ordinário advém da necessidade da integridade do Direito. Não seria coerente que o julgador estivesse obrigado a conceder uma liminar baseando-se somente em critérios de fumaça de bom direito e perigo na demora, para então ter que aguardar que o Presidente do respectivo Tribunal avaliasse se a liminar causaria um dano à ordem pública. Isto implicaria dizer que o julgador estaria obrigado a decidir de forma contrária à pacificação social, somente para aguardar que o Presidente do Tribunal suspenda a sua decisão.

Entendemos que a questão da lesão à ordem pública faz parte do perigo na demora inverso. Ou seja, uma liminar que seja concedida, e que cause danos à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, causa um dano reverso, cuja manutenção gera um perigo a toda a coletividade. Assim, o julgador não só não está obrigado, como não deve conceder uma liminar que cause lesão à ordem pública, pois isto criaria um perigo na demora inverso.

Desta forma, nesta terceira fase, o julgador deve avaliar a potencial consequência da suspensão do ato normativo em disputa. Se a suspensão do ato puder causar uma grave lesão, está o julgador autorizado a manter provisoriamente o ato, determinando que a agência adote a correção indicada em um intervalo de tempo estabelecido pelo julgador.

Assim, como exemplo, ao verificar que uma agência desconsiderou de forma imotivada a manifestação apresentada por um interessado na fase de produção de um ato normativo, uma solução possível seria o julgador determinar liminarmente que a agência, num período de seis meses, avaliasse o estudo em questão e, se fosse o caso, reconsiderasse o ato

normativo. Se, no período determinado, a agência não suprir o problema apontado, o ato seria suspenso. Se o problema for resolvido, o processo poderia ser extinto, por ter exaurido o seu objeto.

Este tipo de decisão possui três vantagens. Primeiro, ela permite um tratamento isonômico. A simples suspensão do ato somente beneficiará os autores da ação, pois a norma permanecerá válida para todos os demais. Assim, criará um tratamento distinto para as diversas empresas e usuários do setor. Quando se obriga que a agência reavalie determinado ato, se o ato normativo for modificado pela própria agência, a mudança trará um tratamento isonômico a todos os destinatários da norma.

Em segundo lugar, ela é menos traumática, evitando a insegurança jurídica, as sucessivas disputas por liminares e por contraliminares e as soluções de continuidade das normas aplicáveis a determinado setor econômico.

Por último, ela gera um incentivo a que a agência tente corrigir administrativamente o problema detectado no lugar de se engajar numa batalha judicial, o que possibilitaria uma pacificação judicial num período de tempo mais curto. Ademais, o retorno da questão aos especialistas da área pode permitir o surgimento de novas soluções técnicas que sequer foram imaginadas pelo julgador, possibilitando a adoção de uma solução mais eficiente do que a simples suspensão do ato normativo.

4.3.6. Síntese da Proposta

Assim, podemos sintetizar a nossa proposta de controle judicial por um teste composto de três fases, cada fase dividida em etapas. O modelo permite que o julgador faça um exame sequencial em pequenos passos e testes, dividindo uma questão complexa em etapas relativamente mais simples.

As três fases podem ser sintetizadas como exame da questão procedimental; exame do ato normativo; e decisão quanto à manutenção ou suspensão do ato. Na primeira fase é avaliada a fundamentação técnica para a decisão de se editar a norma, a garantia da participação de terceiros e o efetivo exame pela agência das manifestações apresentadas pelos interessados.

O exame do ato normativo, por sua vez, é feito em duas etapas. Primeiro, o julgador verifica se as normas aplicáveis definem de forma casuísta e descritiva a conduta esperada no caso concreto. Caso positivo, verifica-se se o ato normativo é compatível com a conduta

prescrita. Caso negativo, passamos à segunda etapa, na qual se verifica se a conduta concreta determinada pela agência reguladora, dentre as diversas condutas possíveis de serem exigidas, foi uma escolha lícita e plausível.

A terceira fase somente é aplicável se for detectado algum problema nas duas fases iniciais. Nesta fase, o julgador deverá decidir se o ato normativo deve ser suspenso, ou se deve ser mantido provisoriamente, até que a agência reguladora corrija o problema apontado.

Por oportuno, entendemos que a presente proposta é uma referência teórica que pode ser utilizada não só pelos julgadores, mas pelas próprias agências reguladoras, que podem adotar o esquema teórico acima descrito para aperfeiçoar os respectivos ritos de elaboração de atos normativos, atentando para a fundamentação técnica, transparência, participação de interessados e efetivo exame de propostas alternativas.

Por fim, registramos que não temos a pretensão de ter solucionado todos os problemas do controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras com este simples esquema teórico. Certamente continuarão havendo causas difíceis e passíveis de debate, as quais admitirão múltiplas soluções, e dispositivos normativos cuja aplicação concreta seja de difícil estabilização. Todavia, imaginamos que o presente trabalho possa ser uma contribuição inicial para o estudo do problema, a qual, esperamos, poderá ser aperfeiçoada com a sua aplicação prática e com novas contribuições acadêmicas.

4.4. Conclusão

Como síntese final do presente trabalho, postulamos que o tema das agências reguladoras vem sendo desenvolvido por parte da doutrina dentro de categorias jurídicas que remontam ao Estado liberal e ao pensamento político e jurídico do século XVIII. Em nossa percepção, as mudanças ocorridas no quarto final do século XX deram origem a novos problemas concretos, os quais possivelmente não podem ser satisfatoriamente resolvidos dentro destas categorias jurídicas tradicionais.

Apontamos que a introdução das agências reguladoras no Estado brasileiro e a reforma estatal da década de 1990 foram parcialmente influenciadas pelo modelo norte-americano. Como comentamos, não foi objetivo do presente trabalho discutir se o modelo adotado foi o mais correto. Nossa pretensão se restringiu a analisar o aspecto jurídico do poder normativo das agências reguladoras e suas eventuais limitações.

As agências reguladoras, ao que nos parece, exercem verdadeira função legislativa, a qual advém da delegação feita pelo Legislativo. Como descrevemos, este poder normativo permite que as agências reguladoras criem normas jurídicas substantivas, as quais são aptas a gerar novas obrigações, direitos e deveres para terceiros, ainda que tais normas sejam hierarquicamente inferiores à Legislação criada pelo Parlamento.

Em consequência do exercício do poder normativo, defendemos que as agências não podem ser dotadas de uma independência absoluta, sendo a sua eventual independência apenas relativa, devendo se submeter ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Por tal motivo, seus atos normativos devem ser controlados, inclusive pela atuação do poder judiciário.

Parece-nos que o fato da doutrina estar polarizada na discussão da existência, ou não, do poder normativo, e do seu enquadramento nas categorias teóricas do pensamento liberal-individualista do século XVIII, possivelmente contribuiu para o não desenvolvimento de uma referência teórica que permitisse auxiliar a tarefa do controle judicial dos atos normativos dessas agências, de uma forma íntegra e coerente.

A necessidade de o Direito ser íntegro e coerente advém não só de razões de ordem moral, as quais foram discutidas, mas, também, de motivos pragmáticos e econômicos. Como apontamos, no caso da regulação estatal da atividade econômica, a necessidade de coerência e uniformidade é ainda maior, pois mesmo provimentos judiciais de caráter provisório podem desestabilizar o equilíbrio de forças em um dado mercado, podendo causar um grave prejuízo à ordem pública e à economia popular.

Por outro lado, é razoável se supor que um sistema judicial que tenda mais à aleatoriedade do que à coerência pode incentivar o uso de sucessivas medidas processuais pelas partes de um processo, o que dificulta ainda mais a manutenção da funcionalidade e integridade do sistema judicial.

Por fim, propomos uma referência teórica para o controle judicial, a qual é baseada num exame analítico e gradual dos casos, em substituição ao modelo de decisões argumentativas. Segundo nossa proposta, o exame se daria pela divisão do problema em fases e etapas analíticas, com testes específicos, as quais possivelmente aliviariam o peso emocional de se adotar uma decisão para este tipo de caso. Entendemos que o modelo argumentativo atual pode conduzir o julgador a partir de decisões tomadas de forma precária

para, após, justificá-las, o que pode levar a um sistema judicial que não seja íntegro e coerente. Postulamos que um referencial analítico retira o peso do julgador de ter que se comprometer antecipadamente com uma decisão, permitindo que questões complexas sejam analisadas por partes, através de etapas relativamente mais simples. Apontamos, ainda, que este esquema teórico pode, ainda, ser útil para as próprias agências reguladoras, como referência para os seus procedimentos de elaboração de normas.

Todavia, não temos a pretensão de ter solucionado todos os problemas do controle judicial dos atos normativos com este simples referencial teórico, pois não se pode pretender que problemas jurídicos sejam solucionados segundo uma lógica matemática. Ainda assim, imaginamos que este referencial possa ser uma contribuição inicial para o estudo do problema, a qual poderá ser polida e complementada por trabalhos futuros neste campo.

REFERÊNCIAS

ABDELAL, Rawi; e TEDLOW, Richard S. **Theodore Levitt's 'The Globalization of Markets'**: An Evaluation after Two Decades (February 2003). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=383242>>. Acesso em 31 jan. 2012.

AGUILAR, Enrique. A Liberdade Política em Montesquieu: seu Significado. In BORON, Atilo A. **Filosofia Política Contemporânea**: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania, 1ª Ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

ALVEAL, Carmen. **Estado e Regulação Econômica**: o Papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional. Conferência proferida no Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica. Escola Superior do Ministério Público da União. 20 Maio 2003. Disponível em <<http://www.ppge.ufrgs.br/ATS/disciplinas/11/alveal-2003.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2012.

AMARAL, Gilberto Luiz do et. al. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil**: 20 Anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.ibpt.com.br/img_publicacao/13081/162.pdf>. Acesso em 26 jun. 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de ‘O Espírito das Leis’. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 868, p. 53-68, 2008.

ANDERSEN, William R. **Mastering Administrative Law**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2010. *E-book*.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 09-23.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras in BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. *Agências Reguladoras: Algumas Perplexidades e Desmistificações*. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 10, nº 51, set/out de 2008. Versão digital

ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle Judicial dos Atos das Agências Reguladoras**. Dissertação de Mestrado. Orientador Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2006.

BARCELOS, Cristina. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras no Direito Norte-Americano e no Direito Brasileiro: Um Estudo Comparado**. Dissertação de Mestrado. Orientação Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução *in* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática* *in* BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BECK, Ulrich. Beyond the Nation State. **New Statesman**, 12 jun. 1999, vol. 128, nº 4465.

BENJAMIN, Walter. **Illuminations**. Nova York: Schocken Books, 1968. Tradução de Harry Zohn.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. **A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos: O Debate entre os Projetos Constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. Dissertação de Mestrado. Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Julho de 2006.

BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. *In* HARDY, H. & HAUSHEER, R. (orgs.). **Isaiah Berlin: estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil* *in* BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England** – Book the first. *E-book*. Project Gutenberg. Disponível em <www.gutenberg.org>. Acesso em 22 set. 2011. Versão digital da edição original [1765].

BOITO JUNIOR, Armando. Hegemonia Neoliberal e Sindicalismo no Brasil. Revista **Crítica Marxista**, nº 3, São Paulo, Editora Brasiliense, 1996.

BOURDIEU, Pierre e WACQUANT, Loïc. A nova bíblia do Tio Sam. Fórum Social Mundial, **Non!**, mar. 2001. Disponível em <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/24.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Interpretações sobre o Brasil. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 Anos de Ciência Econômica no Brasil: Pensamentos, Instituições, Depoimentos**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 43-55.

_____. A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. **Lua Nova** - Revista de Cultura Política, nº 45, 1998, p. 49-95. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2012.

_____. A Reforma Gerencial do Estado de 1995 in D'INCAO, Maria Angela; e MARTINS, Hermínio (orgs.). **Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212.

BRESSMAN, Lisa Schultz e THOMPSON, Robert B. The Future of Agency Independence. **Vanderbilt Law Review**, 63, nº 3 (Abril 2010): 599-672.

BREYER, Stephen G.; et. al. **Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases**. Nova York: Aspen, 2006.

BROCK, James W. Merger policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic power and the miasma of efficiency. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 54, No. 2/Summer 2009.

BRUNA, Sergio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRUNNERMEIER, Markus K. **Deciphering the Liquidity and Credit Crunch 2007-08.** The National Bureau of Economic Research, dez. 2008. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w14612.ack>>. Acesso em 10 jun. 2012.

CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: a História que Vivi.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARROLL, Anthony J. Disenchantment, Rationality and the Modernity of Max Weber. **Forum Philosophicum: International Journal for Philosophy**, mar. 2001. p. 117-137.

CARVALHO, Lucas Borges. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 16, nº 64, jul-set/2008.

CASPER, Gerhard. An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices. **William and Mary Law Review**, vol. 30, nº 2, artigo 3. 1989. p. 211-261. Disponível em <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss2/3/>>. Acesso em 19 jun. 2012.

CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social: Uma Crônica do Salário.** Petrópolis: Vozes, 1998.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Vol. I. 11ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CERVANTES, Salvador Cervantes. De La Globalización, los Estados Nación, El Neoliberalismo y La Modernidade: un Enfoque Interdisciplinario Económico-cultural y de Identidad. **Revista de La Universidad Del Valle de Atemajac.** Zapopan: UNIVA, jan/abr. 2008. Quadrimestral. Ano XXII, nº 60, p. 32-44.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIBBER, Vivek. Bureaucratic Rationality and the Developmental State. **American Journal of Sociology.** Volume 107, nº 4 (jan. 2002), p. 951-989.

CHRISTENSEN, Tom; LÆGREID, Per. **Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State**. Northampton (EUA): Edward Elgar Publ., 2006.

CHURCHILL, Winston S. **História dos Povos de Língua Inglesa**, vol. III: A Era da Revolução. São Paulo: Ibrasa, 1960.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COGLIANESE, Cary. Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking. **Duke Law Journal**, vol. 46, nº 6, abril de 1997. p. 1255-1349.

COHN, Amélia. As Políticas Sociais no governo FHC. **Tempo Social**. Revista de Sociologia da USP, v. 11, nº 2, out. 1999, p. 183-197.

CONDÉ, Eduardo Salomão. **Refletindo sobre Variedades de Capitalismo e o Lugar da Política: Brasil e Coréia do Sul**. Disponível em <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/20_6_2010_13_58_18.pdf>. Acesso em 26 jan. 2012.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos. **Revista Filosofia Política**, nº 2, 1985.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In COURTIS, Christian (org.). **Observar la ley: ensayos sobre motología de la investigación jurídica**. Madri: Trotta, 2006.

CRISE Europeia e Bolsa de NY Levam Pânico aos Mercados. **O Globo**. Rio de Janeiro, 07 maio 2010. Disponível em <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/5/7/crise-europeia-e-bolsa-de-ny-levam-panico-aos-mercados>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

CROWE, Jonathan. Dworkin on the value of integrity. **Deakin Law Review**, volume 12, nº 1, 2007.

CRUZ, Verônica Paulino. **Agências Reguladoras: Entre Mudanças Institucionais e Legados Políticos**. Tese de Doutorado. Orientação Renato Raul Boschi. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DAVID, Priya. BAILOUT Bonuses For Investment Bank Execs. **CBS News**. *On-line*. 11 fev. 2009. Disponível em <http://www.cbsnews.com/2100-18563_162-4612647.html>. Acesso em 29 jun. 2012.

DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative Law and Government**, 2ª Ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1975.

DESNÉ, Roland. A Filosofia Francesa no Século XVIII in CHÂTELET, François (org.). **O Iluminismo: o Século XVIII**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 71-107.

DIDIEU, Joseph. As Idéias Políticas e Morais de Montesquieu in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 293-340.

DINIZ, Eli. Globalização, Elites Empresariais e Democracia no Brasil dos Anos 90. **Ensaio FEE** (Fundação de Economia e Estatística), Porto Alegre, v. 20, nº 1, p. 155-178, 1999.

_____. Globalização, Reforma do Estado e Teoria Democrática Contemporânea. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação SEADE, dez. 2001. Vol. 15, nº 4, p.13-22.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo**. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. **O Mito do Progresso**. São Paulo: UNESP, 2006.

DURKHEIM, Émile. Como Montesquieu Classifica as Sociedades por Tipos e por Espécies in QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 279-292.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

ECKES JR., Alfred E.; e ZEILER, Thomas W. **Globalization and the American Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ELLIOTT, E. Donald. **TQM-ing OMB: Or Why Regulatory Review Under Executive Order 12,291 Works Poorly and What President Clinton Should Do About It.** Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series, 1994. *Paper* 2213. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2213>. Acesso em 16 jun. 2012.

_____. **Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law.** Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series, 2005. *Paper* 2715. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2715>. Acesso em 19 jun. 2012.

EVANS, Peter. El Estado como Problema y Solucion. **Desarrollo Economico**, vol. 35, nº 140 (janeiro-março 1996), p. 529-562.

_____. The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization. **World Politics**, v. 50, n. 1, oct. 1997. p. 67.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Prefácio in CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. xviii.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Agência Reguladora: legalidade e constitucionalidade. In: **Revista Tributária de Finanças Públicas**, nº 35, ano 08, nov-dez. 2000. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras in MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

FILGUEIRA, Fernando. La Antipática pelo Necesaria Defensa Política de la Tecnocracia en América Latina in VERA, Miguel (ed.). **Evaluación para el Desarrollo Social: Aportes para um Debate Abierto em América Latina.** Guatemala: Magna Terra, 2006. P. 53-83.

FLEISCHACKER, Samuel. **A Short History of Distributive Justice.** Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2004.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste,** 2ª Ed. São Paulo, RT, 2004.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo: A Exaustão de um Paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: O Caso do Leasing**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. Metodologia da Análise de Decisões (MAD). Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2012.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. **Globalização, separação de poderes e tempo legiferante**. In: DANTAS, Bruno *et al* (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. O Exercício da Política - Volume II. Instituto Legislativo Brasileiro: Brasília, 2008, v. III.

GAMEZ, Milton *et. al*. A Exposição dos Super Salários: Revelar os ganhos dos executivos é bom para os investidores, mas cria problemas para as empresas nas relações com empregados e fornecedores. **Isto É Dinheiro**. 07 jul. 2010. Edição 665.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GILARDI, Fabrizio *et. al.*. Regulation in the Age of Globalization: the diffusion of regulatory agencies across Europe and Latin America in HODGE, Graeme (Ed.). **Privatization and Market Development: Global Movements in Public Policy Ideas**. Cheltenham: Edward Elgar Publ., 2006. p. 127-147.

GIORDANI, Mario Curtis. **História dos séculos XVI e XVII na Europa**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GODOI JUNIOR, José Vicente. **Agências Reguladoras: Características, Atividades e Força Normativa**. Dissertação de mestrado. Orientadora Soraya Regina Gasparetto Lunardi. Marília: Universidade de Marília, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e História: uma Relação Equivocada**. Londrina: Edições Humanidades, 2004.

_____. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Globalização, Neoliberalismo e o Direito no Brasil**. Londrina: Humanidade, 2004.

_____. **Argumentação e Renovação Institucional em Bresser Pereira**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/2011/11.04-Resenha-ArnaldoGodoy-Construindo_Estado_Republicano.pdf>. Acesso em 4 abr. 2012.

_____. **Notas Introdutórias ao Direito Comparado**. Disponível em <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/artigos.jsf>>. Acesso em 21 jun. 2012.

GOLDMAN, David e LIBERTO, Jennifer. Tug of War Over AIG Bonuses. **CNN Money**. 18 mar. 2009. Disponível em <http://money.cnn.com/2009/03/18/news/companies/aig_hearing/>. Acesso em 10 jun. 2012.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia *in* BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOODNOW, Frank J. **The Principles of Administrative Law of the United States**. Nova York: The Knickerbocker Press, 1905.

GORE, Charles. The Rise and Fall of the Washington Consensus as a Paradigm for Developing Countries. **World Development**, vol. 28, nº 5, p. 799-804, 2000.

GOUGH, J. W. A Separação dos Poderes e a Soberania *in* QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 219-244.

GRAY, T. S. Herbert Spencer: Individualist or Organicist? **Political Studies**, XXXIII, 1985, p. 236-253.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003.

GROETHYSEN, Bernard. Montesquieu: A Razão Construtiva. *in* QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341-356.

GUERRA, Glauco Martins. Princípio da Legalidade e Poder Normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar in ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GULLO, Theresa. History and Evaluation of the Unfunded Mandates Reform Act. **National Tax Journal**, Vol. LVII, nº 3, set. 2004. p. 559-570.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol I

HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. **The Federalist Papers**. *E-Book*. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/ebooks/18>>. Acesso em 15 nov. 2011.

HARPER, Donald V. e JOHNSON, James C. The Potential Consequences of Deregulation of Transportation Revisited. **Land Economics**, 63 (2), maio 1987. P. 137-146.

HARRIS, Robert G. e CARMAN, James M. Public Regulation of Marketing Activity: Part I – Institutional Typologies of Market Failure. **Journal of Macromarketing**, nº 58, 1983. p. 49-58.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. **Elementos do Direito Natural e Político**. Coleção Resjurídica. Porto: Rés Editora, s.d.

_____. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**, 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2004.

HOBBS, Eric J E. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HUZEL, James P. Malthus, the Poor Law, and Population in Early Nineteenth-Century England. **Economic History Review**, vol. 22, número 3, dez. 1969, p. 430-452.

IANNI, Octavio. O Estado-Nação na época da globalização. **Revista Econômica**, Vol. I, nº 1, junho de 1999, p. 105-118.

INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Boletim de Conjuntura**, nº 71, dez. 2005. VIII - Séries históricas, tab. VIII.1. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/bccj/bc_71u.pdf>. Acesso em 2 jul. 2012.

JUNOD, Suzanne White. Food Standards in the United States: the case of the peanut butter and jelly sandwich in SMITH, David, F e PHILLIPS, Jim (ed). **Food, Science, Policy and Regulation in the Twentieth Century**: international and comparative perspectives. Londres: Routledge, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª Ed., Saraiva: São Paulo, 2009.

_____. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na ‘Regulação Independente’? in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KRITSCH, Raquel. Elementos da Política e da Teoria do Estado em *De o Espírito das Leis* de Montesquieu. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 117, fev. 2011, p. 23-31.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LEMOES, Rafael Diogo D. e XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Participação Popular e Eficiência nas Agências Reguladoras: Fundamentos, Limites e Conflitos no Âmbito do Direito Positivo. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, vol. 1, ano 4, 2010. p. 9.

Disponível em <<http://sol.ccsa.ufrn.br/ojs/index.php/PPGD/article/view/40>>. Acesso em 22 jun. 2012.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. **Agências Reguladoras e Democracia no Brasil**: entre Facticidade e Validade. Dissertação de Mestrado. Orientador José Maria Gómez. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. *E-Book*. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org>>. Acesso em 16 set. 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: Lições Introdutórias, 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Agência reguladora. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3339>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Estado Regulador**: Causas e Consequências da Mudança no Modo de Governança. Disponível em <<http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/0/08/Majone.pdf>>. Acesso em 6 maio 2012.

MANTEGA, Guido. O Pensamento Econômico Brasileiro de 60 a 80: os Anos Rebeldes. In LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 Anos de Ciência Econômica no Brasil**: Pensamentos, Instituições, Depoimentos. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 108-121.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**: Fundamentos e seu Regime Jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado na Era FHC: Diversidade ou Fragmentação da Agenda de Políticas de Gestão Pública. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (ReRE)**. Nº 10, jun./jul./ago/ 2007, Salvador.

MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras e a sua Utilidade como Instrumento de Realização de Políticas Públicas**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza, CE em jun. 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4020.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2012.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. **Novos estudos** – CEBRAP, nº 76, São Paulo, Nov. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300007&script=sci_arttext#back6>. Acesso em 19 maio 2012.

MCCLOSKEY, Deirdre N. **The Rhetoric of Economics**, 2ª Ed. Madison (Wisconsin): The University of Wisconsin Press, 1998.

MCVEA, John. Herbert Spencer: Providing Libertarian Foundations? **Business & Society Review**, vol 106, nº 3, p. 225-240, 2001.

MEE, Siobhan. Negotiated Rulemaking and Combined Sewer Overflows (CSOs): Consensus Saves Ossification? **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 25, ed.1, artigo 6, set. 1997. p. 213-245.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Marcus André. A Política da Ação Regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 16, nº 46, 2001.

METRI, Maurício. O Poder Financeiro dos Estados Unidos no Padrão Monetário Dólar-Flexível. In **IX Encontro Nacional de Economia Política**, 2004, Uberlândia. Anais. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2012.

MILLER JR., H. L. On the ‘Chicago School of Economics’ in WOOD, John Cunningham; e WOODS, Ronald N. (org.). **Milton Friedman Critical Assessments**. p. 80-88.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS**. jun. 2010, vol. 16, nº 6. Quadro 1 – Grandes Números da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

MONTESQUIEU. **De L'esprit des Lois**. EBook. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org>>. Acesso em 16 set. 2011. Reprodução eletrônica da edição de 1892 da Librarie Ch. Delabreve, Paris, 11ª Edição.

_____. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Coleção Clássicos Garnier. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues.

_____. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Tradução de Jean Melville.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras *in* MORAES, Alexandre de (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito em Tempos de Globalização. **Carta Mensal**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, nº 564, Vol. 47, mar. 2002. p. 3-14.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NYSE EURONEXT. **Listing Directories**. Disponível em:
<<http://www.nyse.com/about/listed/1170350259411.html>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Ratification of the Convention on the OECD**: OECD Member Countries. Disponível em:
<http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_201185_1889402_1_1_1_1,00.html>. Acesso em 29 ago. 2010.

OFFICE of Information and Regulatory Affairs (EUA). **Executive Order 12866 Regulatory Planning and Review**. Disponível em
<http://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO_Redirect.jsp>. Acesso em 16 jun. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **RETE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Nº 22, jun./jul./ago. 2010, Salvador (BA).

PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation. Working Paper no. 133. **Journal of Law and Economics**, Vol. 19, no. 2 (1976): 211-240.

_____. A Teoria Econômica da Regulação Depois de uma Década de Desregulação *in* MATTOS, Paulo (Coord.) et al. **Regulação Econômica e Democracia**: o Debate Norte-Americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 81-127.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade**. São Paulo: LTr, 2009. p. 106.

PIERCE JR., Richard J. **Administrative Law**. Nova York: Foundation Press, 2008.

PLEHWE, Dieter. Introdução in MIROWSKI, Philip; e PLEHWE, Dieter (Ed.). **The Road From Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

POLLITT, Christopher; et. al. New Public Management in Europe. **Management Online Review**. Out. 2007. Disponível em <<http://repub.eur.nl/res/pub/11553/BSK-2007-004.pdf>>. Acesso em 26 maio 2012.

POSNER, Eric A. e VERMEULE, Adrian. Interring the Nondelegation Doctrine. **University of Chicago Law Review**, 2002. Disponível em <<http://ericposner.com/Interring%20the%20Nondelegation%20Doctrine.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2012.

POSNER, Richard A. Teorias da Regulação Econômica in MATTOS, Paulo (Coord.) *et al.* **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

QUEDA das Bolsas NY pode ter sido erro humano: Nasdaq cancela operações. **Folha On Line**, São Paulo, 06 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u731341.shtml>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

QUELCH, John A. Theodore Levitt (1926-2006) in **Harvard Business Review**, set. 2006, Vol. 84, nº 9, p. 148.

RICHTER, Melvin. **Selected Political Writings: Montesquieu**. Indianápolis: Hackett Publishing, 1990.

RIOUX, Jean-Pierre. **A Revolução Industrial**. 5ª Ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1996.

RODAS, Francisco Cortes. **Justicia y exclusion**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Direito Errado que se Conhece e Ensina: A Crise do Paradigma Epistemológico na Área do Direito e seu Ensino *in* FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). **A Crise do Conhecimento Jurídico**: Perspectivas e Tendências do Direito Contemporâneo. Brasília: OAB Editora, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens *in* **Os Pensadores** – Rousseau. Vol. II. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

RUDÉ, Georges. **A Europa no Século XVIII**. Lisboa: Gradiva, 1988.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). **The American Journal of Comparative Law**, vol. 39, No. 1 (1991), p. 1-34.

SACHS, Jeffrey. Making the Brady Plan Work. **Foreign Affairs**, nº 68 (verão, 1989b), p. 87-104.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as Conduas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAPORITO, Bill. How AIG Became Too Big to Fail. **Time Magazine**. 19 mar. 2009. Disponível em <www.time.com>. Acesso em 10 jun. 2012.

SAUL, Renato P. Giddens: da Ontologia Social ao Programa Político, Sem Retorno. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 5, nº 9, jan/jun 2003, p. 142-173.

SCALIGER, Charles. Bretton Woods. *In* **New American**, 22 dez. 2008, Vol. 24, nº 26, p. 31-36.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Londres: Penguin Books, 2010.

SHILLER, Robert J. **The Subprime Solution**: how today's global financial crisis happened and what to do about it. Princeton: Princeton University Press, 2008.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SMITH, David, F e PHILLIPS, Jim (ed). **Food, Science, Policy and Regulation in the Twentieth Century**: international and comparative perspectives. Londres: Routledge, 2000. p. 183-185.

SOLOMON, Deborah et. al. U.S. Bailout Plan Calms Markets, But Struggle Looms Over Details. **The Wall Street Journal**, 20 set. 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11. Salvador (BA): CAJ – Centro de Atualização Jurídica, fev. 2002.

STAROBINSKI, Jean. **Montesquieu**. São Paulo: Schwarcz, 1990.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica *in* MATTOS, Paulo (Coord.) *et al.* **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

STONE, Lawrence. **Causas da Revolução Inglesa: 1529-1642**. Bauru: EDUSC, 2000.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TECHNICAL Committee of the International Organization of Securities Commissions. **Principles for Periodic Disclosure by Listed Entities**. Final Report. Disponível em <<http://www.iasplus.com/en/binary/iosco/1002disclosureprinciples.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2012.

TILLY, Charles. **As Revoluções Europeias – 1492-1992**. Lisboa: Presença, 1996.

TWAIN, Mark. **Autobiography of Mark Twain**. Editada por SMITH, Harriet Elinor. Vol. 1. Berkeley: University of California Press, 2010.

UNITED Nations. **The Millenium Development Goals Report 2010**. Nova York: 2010. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/pdf/MDG%20Report%202010%20En%20r15%20-low%20res%2020100615%20-.pdf>>. Acesso em: 01 ago.2010.

UNITED States Sentencing Commission. **An Overview of the United States Sentencing Commission**. Disponível em <http://www.ussc.gov/About_the_Commission/Overview_of_the_USSC/USSC_Overview.pdf>. Acesso em 13 jun. 2012.

VANBERG, Viktor J. **The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism**. Freiburg: Walter Eucken Institut, 2011.

VERNIÈRE, Paul. Dois Planos e Duas Leituras *in* QUIRINO, Célia Galvão (org.) e SADEK, Maria Tereza (org.). **O Pensamento Político Clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 357-409.

WALDMAN, Ricardo Libel. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin *in* **Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA**, vol. 2, nº 2. Canoas: ULBRA, 2001.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**, 7ª Ed. Pioneira: São Paulo, 1992.

_____. Estudos Críticos sobre a Lógica das Ciências da Cultura (1906) *in* WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**, Parte 1. 4ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001. Tradução de Augustin Wernet. P. 192-210.

WHY the People Who Broke the Financial System Will Profit. **Time Magazine**. 25 mar. 2009. Disponível em <www.time.com>. Acesso em 10 jun. 2012.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3ª Ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.

WILLIAMS, David. **The Enlightenment**. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 1999.

WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus *in* SERRA, Narcis; e STIGLITZ, Joseph E. **The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; e AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **O Atual Estado Regulatório e a Proteção Ambiental: Análise das Atribuições da Agência Nacional do Petróleo**. Revista Direito e Liberdade – ESMARN, v. 11, n. 2, p. 335-350. Jul/dez 2009.

YACKEE, Jason Webb e YACKEE, Susan Webb. Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rule-making ‘Ossified’?. **Journal of Public Administration Research and Theory**, 20, nº 2, abr. 2010. P. 261-282.

ZENTGRAF, Roberto. **Estatística Objetiva**. Rio de Janeiro: ZTF, 2001.